Digitized by Google

J. rom. M.
73 t
Bruns

Digitized by Google

<36618141180017

<36618141180017

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart.

Von

Dr. Carl Georg Bruns,
Professor in Tübingen.

Tübingen, 1848.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
(Laupp & Siebeck.)

Digitized by Google

Druck der Arnold'schen Buchdruckerei (H. Laupp) in Stuttgart.

Digitized by Google

Dem Herrn

H. E. S. von Schrader

Doctor der Philosophie und der Rechte, ordentlichem Professor des Römischen Rechts an der Universität Tübingen, Königl. Württembergischem Ober-Tribunal-Rathe, Ritter des Ordens der Württembergischen Krone

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

Vorrede.

Es bedurfte der neuesten Zeitereignisse kaum erst noch, um die gesetzliche Geltung des Römischen Rechts in Deutschland mehr und mehr zu einer politischen Unmöglichkeit zu machen. Sie ist mit der volksthümlichen Gestaltung des gesammten Staats- und Rechtslebens, wie sie die neuere Zeit verlangt, durchaus unvereinbar. Soll der bureaukratische Charakter der Rechtspflege, wie er sich seit dem Mittelalter ausgebildet hat, auch im bürgerlichen Rechte verschwinden, und einer volksthümlichen Rechtspflege irgend einer Art Platz machen, so muß vor allen Dingen das Recht selbst aufhören, Geheimwissenschaft einer gelehrten Jurisprudenz zu sein, und wieder im allgemeinen Volksbewußtsein einen wirklichen Boden gewinnen. Das ist aber nur möglich, wenn das gesammte Recht in einem vaterländischen Gesetzbuche dem gemeinen Bewußtsein offen vorliegt, und auch ohne einen Apparat gelehrter Vorkenntnisse ihm wenigstens im Allgemeinen zugänglich ist. Freilich würde es eine thörichte Hoffnung sein, wenn man sich den Erfolg eines solchen Gesetzbuches so dächte, als ob dadurch das Recht wieder in der Weise Gemeingut des ganzen Volksbewußtseins werden könnte, wie es im ältern Deutschland oder im alten Rom der Fall war, so daß die gelehrte Jurisprudenz dadurch wieder

Digitized by Google

ganz entbehrlich werden würde. Davon kann keine Rede sein; ein Recht, welches einmal in seiner Entwicklung den Durchgang durch die Wissenschaft gemacht hat, kann in seinem ganzen Umfange, seiner feinen juristischen Technik und Abstraction, nicht mehr von dem allgemeinen Bewußtsein eines Volkes gehalten werden; es fordert zu seiner vollen Kenntniß wesentlich wissenschaftliche Erlernung und berufsmäßige Beschäftigung, und kann daher nur in einem eigentlichen Juristenstande seinen vollständigen Träger haben. Allein das wenigstens läßt sich erreichen, daß die Wissenschaft dieses Juristenstandes nicht in einer absoluten Trennung vom gemeinen Volksbewußtsein stehe, sondern in ihm ihre allgemeine Grundlage habe, und mehr nur die feinere wissenschaftliche Ausbildung von dem sei, was in den allgemeinern Grundzügen mehr oder weniger im Bewußtsein des ganzen Volkes lebt. Das ist das natürliche gesunde Verhältniß, und das wird sich bei einem Volke, in welchem überhaupt ein Sinn für die Gestaltung seines Staats- und Rechtslebens lebendig ist, stets von selbst bilden, sobald ihm die äußere Möglichkeit dazu gegeben ist. Mag man daher auch die Codification vom Standpunkte der bureaukratischen Rechtspflege für unnöthig, oder vom Standpunkte der wissenschaftlichen Ausbildung des Rechts gar für schädlich halten, das lebendige Bedürfniß des Volkes läßt sich dadurch nicht beschwichtigen, sondern macht die Codification einfach zu einer praktischen Nothwendigkeit, der sich die deutschen Staaten nicht lange mehr entziehen können. Zweifelhafter kann das sein, ob bei dieser neuen Gesetzgebung das bisherige System der Particularisation der deutschen Staaten beibehalten werden wird, oder ob die neue Zeit, die für Deutschlands Einigung angebrochen ist, nicht endlich dem alten Wunsche der Nation nach einem gemeinsamen Gesetzbuche für ganz Deutschland Erfüllung bringen werde.

Digitized by Google

Die Schwierigkeiten sind freilich, seitdem Thibaut zuerst den Vorschlag dazu machte, noch gar sehr vermehrt; allein auch die Kraft ist gewachsen, und wenn daher die Versammlung, die jetzt über Deutschlands neue Verfassung entscheidet, auch das Recht der Codification des bürgerlichen Rechtes der neuen Centralgewalt mit zutheilt, so kann sie sicher nicht nur des Beifalls der deutschen Völker gewiß sein, sondern auch fest vertrauen, daß die künftige Centralgewalt ein Werk werde zu Stande bringen können, das der Ehre des deutschen Namens vor allen Völkern würdig sein wird.

Was ist nun aber unter diesen Umständen die Aufgabe der deutschen Rechtswissenschaft, namentlich der Romanistischen? Dringend stellt die Zeit diese Frage. Soll die Wissenschaft wie bisher ruhig und unthätig zuwarten, bis die Gesetzgebung ihr Werk vollbracht haben wird, um dann sich darüber herzumachen, es historisch zu erklären und dogmatisch zu commentiren, es dabei, wie sie bei neuern Gesetzen so gerne thut, nach Kräften bekrittelnd und das Alte preisend? Leider neigt die Richtung namentlich unserer Romanistischen Wissenschaft nicht wenig dahin, diese Rolle zu spielen; allein traurig wäre es, und dem Vorwurfe der „Werthlosigkeit der Jurisprudenz" wäre damit ein schwer zu beseitigender Vorschub geleistet. Indessen läßt sich hoffen, daß die allgemeine Bewegung auch hierher frisches Leben bringen wird. Unsere Rechtswissenschaft gefällt sich so sehr in dem oft wiederholten Satze, daß bei sehr entwickelten Lebensverhältnissen das Rechtsbewußtsein der Völker sich gewissermaßen in der Rechtswissenschaft concentrire, und von dieser vertreten werde. Ist das richtig, so soll sie aber doch auch ihre Stellung auf eine würdige Weise ausfüllen, so soll sie das Rechtsbewußtsein des Volkes vor allen Dingen bei einem großen Gesetzgebungswerke vertreten, soll daher dasselbe

nicht einer kleinen Commission überlassen, sondern es in ihrer Gesammtheit in wahrhaft wissenschaftlicher Weise vorbereiten. Sie soll dann das Recht nicht immer nur vom Standpunkte des gegenwärtigen praktischen Bedürfnisses zu erkennen suchen, sondern dasselbe auch vom Standpunkte der Gesetzgebung nach Vernunft und Zweckmäßigkeit kritisch beurtheilen, mit andern Rechten vergleichen, und so die Gründe für Beibehaltung, Aufhebung oder Modificirung des Bestehenden zur gründlichen Prüfung bringen. Das wäre ihre Aufgabe, und sie sollte sich derselben um so weniger entziehen, da ihre Lösung, wenn sie in wahrhaft wissenschaftlicher Weise geschähe, nicht nur der neuen Gesetzgebung sondern ebenso auch dem richtigen Verständnisse des bestehenden Rechts und der Wissenschaft des Rechts überhaupt den größten Gewinn bringen würde. Namentlich sollte sich aber die Romanistische Rechtswissenschaft dieser Aufgabe bewußt werden. Die großartige Ausbildung des Römischen Rechts macht sie so gar leicht blind für seine Schwächen, und läßt sie in stolzer Selbstüberschätzung glauben, daß die reine Erkenntniß des Römischen Rechts stets schon von selbst die beste Vorarbeit für jede Gesetzgebung sei. Allein sie täusche sich doch nicht! Das Römische Recht hat seine Schwächen und Einseitigkeiten, der alte unbegränzte Respect vor seiner Vortrefflichkeit ist gar sehr vermindert, in den Germanisten und den neuern Gesetzbüchern stehen ihm scharfe und kräftige Gegner gegenüber: — so könnte es gar leicht kommen, daß wenn man sich nicht übt, das Römische Recht mit den Waffen der Gegenwart, Vernunft und Zweckmäßigkeit, zu vertheidigen, sondern stets nur auf seine alte Auctorität pocht, ihm im Kampfe über die neue Gesetzgebung der Antheil, den es dabei in Anspruch nehmen kann und soll, gar sehr geschmälert würde.

Diese Gedanken ungefähr waren es, die den Plan zu der vorliegenden Bearbeitung der Lehre vom Besitze hervorriefen. Ich wollte die Gestaltung, die das Römische Besitzrecht seit dem Mittelalter bis auf die neueste Zeit bekommen hat, in genauer historischer Nachweisung darstellen, um auf diese Weise zunächst ihr Verhältniß zum Römischen Rechte selbst festzustellen, und damit dann weiter eine vollständige historische Grundlage zu gewinnen, auf der die philosophische Erkenntniß und eine neue legislative Gestaltung des Besitzrechtes mit Erfolg angebahnt werden könnte. Der Gang der Untersuchung wurde mir dabei eigentlich durch den Gegenstand selbst vorgezeichnet. Als Ausgang war das reine Römische Recht an die Spitze zu stellen. Bei dem Rechte des Mittelalters war dann zuerst zu untersuchen, wie das Römische Recht bei seinem neuen Aufleben in Italien in der Theorie der Glossatoren aufgefaßt wurde, und wie sich dann im Canonischen Rechte und in der Theorie und Praxis die Modificationen des Römischen Rechts, die sich am Schlusse des Mittelalters vorfinden, ausgebildet haben. Hierauf war die Frage zu untersuchen, inwiefern diese Modificationen etwa im Germanischen Rechte ihre eigentliche Grundlage haben. Nachdem auf diese Weise der Ursprung jener Modificationen nachgewiesen war, so war nun die Aufgabe, den Uebergang derselben in das übrige Europa, namentlich nach Deutschland, so wie die weitere Gestaltung des Besitzrechts in der Theorie und Praxis, und namentlich seine Behandlung in den neuern Gesetzbüchern darzustellen. Den Schluß bildet dann eine philosophische Untersuchung über das Wesen des Besitzes und seines Rechtes, und die etwaige Gestaltung desselben in einer neuen Gesetzgebung.

Der letzte Zweck der ganzen Schrift ist hiernach wesentlich ein praktischer. Indessen möchte ich es mir doch wünschen, daß

der Leser bei derselben nicht hastig nur nach den praktischen Resultaten haschen, sondern auch einen gewissen Sinn für die Anschauung historischer Gestaltungen und Entwicklungen mitbringen möchte. Der Plan der Schrift führte hauptsächlich auf Untersuchungen über eine Zeit der Rechtsgeschichte, die zu den Dingen gehört, von denen meistens mehr gesprochen als gewußt wird; die Fragen, die ich dabei zu untersuchen hatte, sind zwar zum Theil sehr speciell, aber doch meistens der Art, daß sie ein allgemeineres Licht auf ihre Umgebung werfen: so habe ich sie daher mit einer gewissen Ausführlichkeit behandelt, die zwar mitunter für die praktischen Resultate entbehrlich scheinen mag, die aber dem Freunde der Geschichte ein anschaulicheres Bild giebt, und daher darin ihre Rechtfertigung finden wird.

Inhalt.

Erster Abschnitt.

Das Römische Recht.

§. 1. Begriff des Besitzes (S. 1). §. 2. Abgeleiteter Besitz (5). §. 3. Rechtliche Bedeutung des Besitzes (17). §. 4. Sprachgebrauch der Römer (20). §. 5. Schutz des Besitzes. Actionen (27). §. 6. Interdicte. Uti possidetis (38). §. 7. Unde vi (62). §. 8. Besitz der Rechte (77). §. 9. Schutz des Besitzes der Rechte (86). §. 10. Das Byzantinische Recht nach Justinian (93).

Zweiter Abschnitt.

Die Glossatoren des Römischen Rechts.

§. 11. Einleitung (98). §. 12. Der Occident vom VI. bis zum XI. Jahrhunderte (98). §. 12. Die Glossatoren. Sachenbesitz (103). §. 13. Besitz der Rechte (119).

Dritter Abschnitt.

Das Canonische Recht.

§. 14. Einleitung (127). §. 15. Das ältere Recht. Besitz der Rechte (128). §. 16. Spolieneinrede. Aeltere Zeit (131). §. 17. Pseudo-Isidor. Quellen (137). §. 18. Princip der Spolieneinrede (144). §. 19. Speciellere Bestimmungen (149). §. 20. Verbreitung der Spolieneinrede nach Ps.-Isidor (159). §. 21. Gratian's Decret (163). §. 22. Die Glosse zum Decret (168). §. 23. Die Decretalen des XII. und XIII. Jahrhunderts. Sachenbesitz (173). §. 24. Besitz der Rechte. Umfang (185). §. 25. Rechtliche Behandlung (197). §. 26. Schutz des Besitzes der Rechte (203). §. 27. Theorie und Praxis der Kirche bis zum Schlusse des Mittelalters. Spolienklage (219). §. 28. Die Vorläufer des Summariissimum (232). §. 29. Besitz der Rechte (237).

Digitized by Google

Vierter Abschnitt.

Das weltliche Recht in Italien von den Glossatoren bis zum Schlusse des Mittelalters.

§. 30. Einleitung (246). §. 31. Begriff des Besitzes (252). §. 32. Besitzklagen. Entziehung des Besitzes (256). §. 33. Störung des Besitzes. Ausbildung des Summariissimum (260).

Fünfter Abschnitt.

Das Germanische Recht.

§. 35. Einleitung (283). §. 36. Das ältere Germanische Recht (285). §. 37. Das deutsche Recht des Mittelalters. Sachenbesitz (306). §. 38. Besitz der Rechte (328). §. 39. Schluß (340).

Sechster Abschnitt.

Das Römische Recht in Spanien, Frankreich und Deutschland.

§. 40. Einleitung (340). §. 41. Spanien (340). §. 42. Frankreich. Das Französische Recht (352). §. 43. Das Römische Recht in Frankreich (367). §. 44. Deutschland. Das XVI. Jahrhundert (373). §. 45. Das XVII. und XVIII. Jahrhundert (384). §. 46. Das XIX. Jahrhundert (409).

Siebenter Abschnitt.

Die neueren Gesetzbücher.

§. 47. Einleitung (424). §. 48. Baiern (425). §. 49. Preußen (431). §. 50. Frankreich (442). §. 51. Baden (452). §. 52. Oesterreich (456). §. 53. Hessen (460).

Achter Abschnitt.

Philosophie des Besitzrechtes.

§. 54. Einleitung (462). §. 55. Sachenbesitz (465). §. 56. Besitz der Rechte (475). §. 57. Allgemeiner Begriff des Besitzes (486). §. 58. Schutz des Besitzes. Princip (487). §. 59. Speciellere Bestimmungen (492). §. 60. Die allgemeinen Klagen beim Besitze (501). §. 61. Schluß (504).

Erster Abschnitt.

Das Römische Recht.

§. 1.

Begriff des Besitzes.

Wenn man die Römische Rechtslehre vom Besitze rein aus den Quellen selbst, ohne alle Deduction aus der Natur der Sache, darstellen will, so kann man als Ausgangspunkt dafür nichts anderes nehmen, als die Worte, mit denen Paulus seine Darstellung der Besitzlehre in seinem Commentare zum Edicte eröffnete, und die auch in den Pandekten an die Spitze des Titels über den Besitz gestellt sind, nämlich die Worte:

> Possessio appellata est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter res tenetur ab eo, qui ei insistit; dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva ait, ejusque rei vestigium remanere in his, quae terra, mari coeloque capiuntur; nam haec protinus eorum fieri, qui primi possessionem eorum apprehenderint.

Paulus beginnt in diesen Worten seine Darstellung der Besitzlehre mit einer etymologischen und einer historischen Bemerkung. Beide haben an sich wenig Werth, und ersetzen die Begriffsbestimmung, die eigentlich an ihrer Stelle stehen sollte, nicht. Indessen läßt sich doch mehr aus ihnen entnehmen, als auf den ersten Anblick scheint. Paulus stellt jene Bemerkungen

an die Spitze seiner ganzen Darstellung, leitet diese mit ihnen ein. Er hält sie also für die geeignetsten, um den Leser sogleich schnell auf den Standpunkt zu führen, den er bei der Auffassung des Besitzes einnehmen soll. Man hat also in ihnen die Gedanken zu sehen, die die Römer ganz unmittelbar mit dem Begriffe des Besitzes verbinden, von denen sie bei ihm ausgehen, und man hat somit in ihnen einen ganz unmittelbaren Anhalt, um die Bestimmung des Begriffes selbst, wie die Römer sie sich dachten, daraus zu entnehmen.

Zwei Gedanken sind es nun, die jenen Bemerkungen zu Grunde liegen, erstlich daß der Besitz die physische Herrschaft über eine (körperliche) Sache zur Grundlage habe, und dann daß er in einer bestimmten unmittelbaren Beziehung zum Eigenthume stehe. Das erste bezweifelt Niemand, und bedarf daher keiner weitern Ausführung. Die Beziehung zum Eigenthume dagegen hat man noch in neuester Zeit für das Römische Recht auf das entschiedenste in Abrede gestellt, ja sogar für „einen der schädlichsten Irrthümer" in der ganzen Besitzlehre erklärt. Es ist daher nöthig, etwas näher darauf einzugehen.

Paulus sagt, das Eigenthum der Dinge habe ursprünglich aus dem Besitze angefangen, und davon sei noch jetzt eine Spur übrig bei den herrenlosen Dingen, an denen man das Eigenthum noch stets erwerbe, sobald man sie in Besitz nehme. Er stellt es also als etwas besonders Charakteristisches für den gesammten Begriff des Besitzes an die Spitze seiner Besitzlehre, daß an herrenlosen Sachen der Besitz ohne Weiteres Eigenthum gebe, Besitzes- und Eigenthumserwerb bei ihnen zusammenfallen. Er sieht also in diesem Eigenthumserwerbe durch Besitzergreifung nicht eine Wirkung etwa nur eines einzelnen Falles von Besitz, nämlich des Besitzes, bei dem der Besitzer Eigenthum haben will, neben welchem aber andere Fälle von Besitz ständen, wo

er diesen Willen nicht hätte, sondern die Richtung des Willens auf Eigenthum liegt ihm im Begriffe des Besitzes selbst; er hebt sie daher nicht besonders hervor, und spricht den Eigenthumserwerb ganz allgemein als eine Wirkung des Besitzes als solchen aus, der außer dem Besitze selbst nichts als die Herrenlosigkeit der Sache voraussetze. Somit denkt er sich das Verhältniß von Besitz und Eigenthum so, daß der Besitz die volle physische Herrschaft über eine Sache ist, verbunden mit dem Willen, diese Herrschaft auch ganz vollständig für sich zu haben, so daß es nur noch der vollen rechtlichen Anerkennung bedarf, um den Besitzer sogleich von selbst Eigenthümer sein zu lassen. Er geht demnach bei jenen Worten von der Ansicht aus, daß zum Besitze animus domini gehöre, daß der Besitz wesentlich als Eigenthumsbesitz aufzufassen sei, und daß er folglich nichts anderes sei, als die der vollen rechtlichen Herrschaft oder dem Eigenthume entsprechende volle factische Herrschaft der Person über die Sache. Man mag den Begriff des Besitzes der Natur der Sache, oder selbst der Gesammtheit des Römischen Rechtes nach bestimmen, wie man will, für die vorliegende Stelle wird man jedenfalls zugeben müssen, daß Paulus dabei von der Auffassung des Besitzes als Eigenthumsbesitzes ausgegangen sei. Denn wenn er gleichfalls die Ansicht gehabt hätte, daß die Verbindung des Besitzes mit dem Eigenthume einer der schädlichsten Irrthümer in der Besitzlehre sei, so hätte er doch unmöglich jene Beziehung zum Eigenthume geradezu als einleitenden Gedanken an die Spitze seiner ganzen Darstellung setzen können. Und wenn er den animus domini nicht für die einzige, sondern nur für eine von verschiedenen gleichmäßig möglichen Willensrichtungen beim Besitze gehalten hätte, so hätte er den Besitz doch unmöglich so allgemein ohne alle besondere Hervorhebung des animus domini für einen Erwerbsgrund des Eigenthums erkären können.

Eine weitere Bestätigung gewinnt dieses aus den obigen Worten gezogene Resultat noch zunächst im allgemeinen durch die Stellung, die Paulus der ganzen Besitzlehre gegeben hat, daß er sie nämlich als Einleitung zur Lehre von der Usucapion mit dieser zusammen in einem Buche abhandelt; und außerdem specieller noch dadurch, daß er im Verlaufe seiner Darstellung des Besitzes in l. 3. §. 21. in dem Satze:

Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi ejus, quod nostrum non sit, veluti pro emtore, pro donato etc.

den Besitz geradezu nach den Erwerbstiteln des Eigenthums eintheilt.

Eine andere Frage könnte es sein, ob diese Paulinische Auffassung des Besitzbegriffes auch die der übrigen Römischen Juristen gewesen sei, ob namentlich nicht Ulpian, da er den Besitz nicht bei der Usucapion, sondern bei den Interdicten dargestellt zu haben scheint, eine abweichende Ansicht gehabt habe. Indessen läßt sich darüber bei dem völligen Mangel an allen Aeußerungen nichts Bestimmtes sagen. In den Pandekten ist die Ansicht von Paulus aber jedenfalls gebilligt, da seine Darstellung des Besitzes in großer Vollständigkeit an die Spitze des Titels über den Besitz, und dieser selbst zwischen die über Eigenthum und Usucapion gesetzt ist. Eine weitere Bestätigung dafür liegt auch darin, daß Theophilus und die spätern Byzantiner den Besitz geradezu als *κατοχὴ ψυχῇ δεσπόζοντος* bezeichnen[1]).

Die in dem bisherigen ausgeführte Beziehung des Besitzes

1) Theoph. II. 9. §. 4. III. 29. §. 2. Basil. 50. 2. c. 61. Harmenop. II. 1. §. 4. Von der Idee, die *ψυχῇ δεσπόζοντος* von der *ψυχῇ δεσπότου* unterscheiden zu wollen, kann, wenn man die Stellen von Theoph. im Zusammenhange liest, wohl keine Rede sein.

zum Eigenthume ist nun übrigens die einzige, von der die Römischen Quellen reden. Von der Idee, den Besitz als die Ausübung des Eigenthums aufzufassen, findet sich durchaus keine Spur. Ob sie in der Natur der Sache von selbst begründet sei, kann hier noch nicht untersucht werden.

§. 2.

Abgeleiteter Besitz.

Die Auffassung des Besitzes als Eigenthumsbesitzes erleidet nun aber im Römischen Rechte eine eigenthümliche Modification durch den Grundsatz, daß in gewissen Fällen der Besitz als solcher im Gegensatze zum Eigenthume, und daher unter Rückbehalt des Eigenthumes, auf andere übertragen werden kann, und insofern dann auch ein Besitz ohne animus domini zulässig ist. Es ist dieses einer der eigenthümlichsten Grundsätze der Römischen Besitzlehre, dessen Umfang und Begründung daher näher auszuführen sind.

I. Was zunächst den Umfang betrifft, so ist die Zulassung einer solchen Uebertragung, und dadurch entstehenden Besitzes ohne animus domini,

1) beim Pfandrechte außer Zweifel. Für das Faustpfand heißt es in l. 35. §. 1. de pign. act. geradezu:

Pignus manente proprietate debitoris — possessionem transfert ad creditorem.

Nicht weniger muß man aber auch beim hypothekarischen Gläubiger Besitz annehmen, sobald derselbe die Detention entweder durch eine Pfandklage, oder aus einem pactum de ingred. poss. erhalten hat. Man läugnet dies zwar vielfach aus alter Tradition. Allein das interd. Salvianum, wodurch der hypothekarische Gläubiger in einzelnen Fällen die Detention einklagen

kann, wird ja bestimmt als interd. adipiscendae *possessionis* bezeichnet, und zwar im Zusammenhange mit den interd. retinendae und recuperandae possessionis, so daß an der technischen Bedeutung von possessio dabei nicht gezweifelt werden kann [1]). Nicht weniger heißt es aber von der actio Serviana in l. 66. pr. de evictionibus:

— Serviana — etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat —

und in l. 10. de pignoribus:

— utilem actionem (Servianam) competere — per quam dimidiam partem possessionis apprehendant singuli.

auch versteht es sich ja eigentlich von selbst, daß die actio Serviana dem Gläubiger nicht weniger verschaffen kann, als das interd. Salvianum. Unter diesen Umständen ist aber kein Grund da, nicht auch in der l. 3. C. de pignoribus:

Creditores, qui — conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent.

unter possessio eigentlichen Besitz und nicht blos Detention zu verstehen. Die Analogie vom Prätorischen Pfandrechte, die man in der Regel gegen die Annahme des Besitzes in diesen Fällen anführt, ist unzulässig. Allerdings giebt dieses, obgleich es durch missio in possessionem begründet wird, doch entschieden keinen eigentlichen Besitz [2]). Allein der Gläubiger bekommt ja auch bei diesem gar keine eigentliche Detention, sondern nur eine custodia und observatio rei, muß aber den Schuldner in der Detention lassen [3]).

1) §. 3. J. de interd. L. 2. §. 3. D. eod.

2) L. 3. §. 23. l. 10. §. 1. de possessione.

3) L. 5. pr. ut in poss. leg. L. 15. §. 20. de damno inf. L. 12. quib. ex causis in poss. Nach den neuerdings von Rudorff aufgestellten Ansichten

Ueber das gerichtliche Pfand sind keine bestimmten Aeußerungen da [1]). Da es sich indessen mehr an die alte pignoris capio, als an die Prätorische Immission anschließt, so ist auch hier wohl die größere Wahrscheinlichkeit für die Annahme des Besitzes.

2) Wie beim Pfande so ist auch beim Precarium der Besitzesübergang außer Zweifel [2]), nur muß dasselbe auf volle Ueberlassung der Sache selbst gehen, nicht blos darauf, ut uti oder in possessione esse, in fundo morari liceat [3]).

3) Auch der Besitz des Sequesters kann im allgemeinen nicht bezweifelt werden; nur ist die Frage, ob der Besitzesübergang von selbst mit der Sequestration verbunden sei, oder besonders ausgemacht werden müsse. In l. 17. §. 1. depositi heißt es:

> Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est; nam tum demum sequester possidet. Id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

Die natürliche Construction wäre hier, bei deposita est zu suppliren res, und somit dem Sequester stets den Besitz zuzusprechen. So übersetzen auch die Basiliken [4]). Allein dann haben die folgenden Worte gar keinen Sinn. Denn wie kann man sagen: „der Deponent behält den Besitz der Sache, außer wenn sie bei einem Sequester deponirt wird; denn nur dann besitzt der Sequester.“ Man müßte das demum entweder ganz streichen,

über den Ursprung der Hypothek kann natürlich über den Besitz dabei noch weniger Zweifel sein.

1) Denn aus dem pignoris jure tenere in l. 1. C. 8. 23. läßt sich nichts Bestimmtes entnehmen.

2) L. 4. §. 1. l. 6. §. 3. l. 15. §. 4. de precario.

3) L. 2. §. 3. l. 6. §. 2. de precar. L. 10. §. 1. de poss. Einen eigentlichen Unterschied von precarium rei und usus kann man daraus aber nicht machen.

4) Basil. 13. 2. c. 7. §. 2.

oder es zu sequester ziehen. Das erstere ist zwar in den Basiliken geschehen, ist aber sonst ungerechtfertigt, und das zweite wäre gegen den Sprachgebrauch von demum. Somit ist man eigentlich genöthigt, die schlechtere Construction anzunehmen, bei deposita zu suppliren possessio, und dem Sequester den Besitz nur dann zuzusprechen, wenn nicht einfach die Sache, sondern der Besitz als solcher bei ihm deponirt ist. Damit steht auch die l. 39. de poss. in Uebereinstimmung. Diese sagt:

> Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponatur res. Nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procedet; at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem procedere eam possessionem victori constat.

Es scheint zwar natürlich, daß hier das possessio ejus und eam possessionem gleichmäßig eigentlichen Besitz, und nicht das eine Besitz das andere Detention, bedeuten müsse. Die Stelle würde danach stets Besitz beim Sequester voraussetzen, und ihre Unterscheidung sich nur auf die Anrechnung desselben für die Usucapion des Siegers beziehen. Allein abgesehen davon, daß die Stelle dann der l. 17. widerspräche, ist diese Annahme auch darum nicht möglich, weil doch natürlich, wenn der Sequester stets den Besitz bekommen sollte, die Sequestranten nothwendig ebenso stets den animus omittendae possessionis haben müßten.

4) Bei der Emphyteuse wird der Besitz an einer Stelle [1]) geradezu ausgesprochen:

> Possessores — satisdare non compelli —. Possessor autem is accipiendus est, *qui rem soli possidet. Sed et qui agrum vectigalem possidet* possessor intelligitur, — nec ad rem pertinet, quod evinci ea possessio possit.

1) L. 15. pr. §. 1. §. 6. D. qui satisdare cog.

Natürlich beruht die Beweiskraft der Stelle nicht auf dem possessor intelligitur, sondern auf den Worten qui agr. vect. possidet; daß aber unter diesem possidet eigentliche corporis possessio zu verstehen sei, wird dadurch bestätigt, daß die Vindication, Publiciana, Faustpfandbestellung, die dem Emphyteuta zustehen, stets auf das praedium vectigale selbst, nicht auf das Recht daran bezogen werden [1]), daß ihm ferner die Servitutenklagen für dasselbe activ und passiv zustehen [2]), und daß der Erwerb der Früchte für ihn, wie für den bon. fid. possessor, mit der Separation eintritt [3]).

5) Bei der Superficies wird zunächst zwar anerkannt, daß der Besitzer des Bodens vermöge des Accessions-Princips auch den Besitz der Superficies und darum allein das interdictum U. P. habe [4]). Damit ist ein Besitz des Superficiars eigentlich unvereinbar, und deshalb ist das Interdict, welches zum Schutze seiner Detention eingeführt wurde, auch nur ein quasipossessorisches, wie man daraus sieht, daß seine Formel nicht auf possidere, sondern auf frui gestellt ist [5]), und daß es von Ulpian nicht mit den Sacheninterdicten zusammen im 69sten Buche seines Edict-Commentars, sondern erst mit den quasipossessorischen Interdicten zusammen im 70sten Buche dargestellt wurde. Indessen scheinen die Römer sich doch über diese Consequenz hin-

1) L. 1. §. 1. si ager vectig. petatur. L. 12. §. 2. de Public. L. 16. §. 2. de pign. act. L. 31. de pignor. In der letzteren Stelle heißt es namentlich: „— is fundus (vectigalis) a possessore pignori datus est."

2) L. 16. de servitut.

3) L. 25. §. 1. de usuris.

4) L. 3. §. 7. uti possidetis. Der §. 5. „— alter solum possidet alter superficiem" bezieht sich auf eine projectio, die nur in den fremden Raum hineinragt, nicht aber mit dem fremden Boden verbunden ist.

5) L. 1. pr. de superfic. „Ait praetor: *uti — superficie — fruemini, quominus ita fruamini, vim fieri veto.*"

weggesetzt, und den Superficiar doch als Besitzer der Superficies als Sache angesehen zu haben. Denn nicht nur beziehen sie die Vindication, Publiciana, Verpfändung hier ebenso wie bei der Emphyteuse geradezu auf das praedium superficiarium selbst, nicht wie bei Servituten auf das jus in re [1]); sondern beim interdictum U. V. heißt es auch geradezu [2]):

Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, sed ad eos, qui de possessione dejiciuntur, — et ad eos tantum, qui de solo dejiciuntur, — proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis dejectus est, apparet, interdicto locum fore.

während doch sonst ausdrücklich gesagt ist, daß de mero jure nemo detrudi potest [3]), und nicht die geringste Spur ist, daß man das Interdict dem Superficiar eigentlich etwa nur utiliter, wie dem Usufructuar [4]), habe geben wollen.

6) Außer diesen Fällen findet sich keine weitere Spur von einer Uebertragung des Besitzes als solchen unter Rückbehalt des Eigenthums, sondern jede andere ähnliche Uebertragung der Detention macht den Empfänger nicht zum Besitzer, sondern nur zum Stellvertreter des an sich fortdauernden Besitzes des Gebers, so namentlich bei den Personalservituten, bei Miethe, Commodat, Depositum, Mandat, missio in bona u. a. [5]). Auch findet sich

1) L. 72. §. 1. bis l. 75. de R. V. L. 12. §. 2. 3. de Public. L. 16. §. 2. de pign. act. L. 13. §. 3. de pignor. In der letzteren Stelle heißt es namentlich: „— et in superficiariis (aedibus) consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum — sive etiam possessio tradita (ei) fuerit.“

2) L. 1. §. 3—5. de vi.

3) L. 4. §. 27. de usurpat.

4) Vgl. unten §. 9.

5) L. 18. pr. de poss. L. 9. 10. §. 1. l. 25. §. 1. eod. L. 6. §. 2. de precario. L. 9. de R. V.

dabei nirgends auch nur im geringsten angedeutet, daß der Besitzesübergang wenigstens dann eintreten könne, wenn er ausdrücklich von den Parteien verabredet werde. Zwar ist auch das Gegentheil nirgends ausdrücklich gesagt, und man könnte daher fragen, ob jene Möglichkeit nicht etwa stillschweigend als sich von selber verstehend vorausgesetzt werde. Indessen läßt sich dieses doch nicht annehmen, da in den obigen Stellen die bestimmteste Veranlassung gewesen wäre, die Zulässigkeit einer derartigen Verabredung, wenn sie stattfände, hervorzuheben, das Stillschweigen daher hier sprechend genug ist, und auch außerdem noch speciellere Gründe dagegen sprechen. Zuerst der für die Miethe ausgesprochene Grundsatz, daß mit derselben ein Precarium zwar wohl in der Weise ut in possessione esset (conductor) verbunden werden kann, nicht aber ut possideret [1]). Darin liegt, daß die Römer Miethe und Precarium zwar wohl an sich für vereinbar halten, daß sie aber einen Widerspruch darin sehen, eine Sache als Miether zu haben, und doch Besitzer derselben sein zu wollen. Doch aber müßte gerade das Precarium vorzugsweise der Vertrag sein, wodurch bei Verhältnissen, wie Usufruct, Miethe, Commodat, die an sich dem Detentor nur ein Gebrauchsrecht geben, auch der Besitz übertragen würde, wenn dieses überhaupt zulässig wäre. Ein weiterer Grund liegt darin, daß es beim interdictum de superficiebus heißt [2]):

utile visum est — quia melius est possidere potius quam in personam experiri — hoc interdictum proponere —

Denn wenn der Eigenthümer den Superficiar schon von selbst nach Belieben zum wirklichen Besitzer hätte machen können, so hätte es ja gar keinen rechten Sinn gehabt, zu diesem Zwecke noch ein eigenes Interdict aufzustellen.

1) L. 10. de poss. L. 33. §. 6. de usurpat.
2) L. 1. §. 1. de superfic.

II. Vermißt man schon bei der Bestimmung des Umfangs der Fälle von Besitz ohne animus domini eine größere Genauigkeit der Quellen, so sieht man sich fast gänzlich von ihnen verlassen bei der Frage nach dem Principe der Annahme des Besitzes in jenen Fällen, und nach dem Verhältnisse derselben zum Eigenthumsbesitze. Von irgend bestimmten Erklärungen über die Frage ist hier gar keine Rede. Selbst Andeutungen, aus denen sich eine Lösung entnehmen ließe, sind so spärlich, daß man auf eine eigentlich befriedigende, bestimmt erweisbare Antwort ganz verzichten muß, und nur einzelne Vermuthungen möglich sind. Das Einzige, was man ohne ganz in das Gebiet der reinen Hypothesen überzugehen, aus den Quellen selbst entnehmen kann, möchte etwa Folgendes sein.

1) Beim Precarium und Pfande finden sich Spuren von einem Streite der beiden Schulen über die Behandlung des Besitzes. Vom Precarium heißt es ganz bestimmt, die Sabinianer hätten den Geber neben dem Empfänger noch fortwährend als Besitzer angesehen, weil er, wie Pomponius sagt, animo non discesserit possessione, wogegen die Proculianer jeden solidarischen Mitbesitz verwarfen [1]). Vom Pfandbesitze sind zwar keine so bestimmte Nachrichten da, indessen sieht man aus l. 16. de usurpat., daß der Sabinianer Javolenus den Besitz geradezu zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger theilte, der eine besitze ad usucapionem, der andere ad reliquas causas. Der spätere Sabinianer Julianus sagt vom Schuldner nur noch intelligitur, videtur possidere ad causam usucapionis [2]); und die noch spätern Florentinus und Paulus reden gar

1) L. 3. §. 5. de poss. L. 15. §. 4. de precar. Die Ansicht des Sabinus ist mit der über die Concurrenz von justa und injusta possessio nicht zu verwechseln.

2) L. 1. §. 15. l. 36. de poss.

nicht mehr vom Besitze des Schuldners, sondern nur noch von dem des Gläubigers [1]).

Die Sabiniäner hatten also diesen Angaben zufolge die Ansicht, daß in der Hingabe einer Sache als Precarium oder Pfand der Rechtsconsequenz nach eigentlich kein rechter Grund liege, den Besitz des Gebers aufhören zu lassen. Nun ist es aber bekannt, daß die Eigenthümlichkeit der Sabinianischen Schule hauptsächlich darin bestand, daß sie in his quae ei tradita fuerant perseverabat, im Gegensatze gegen die Proculianische, die plurima innovare instituit. Man kann daher nicht wohl annehmen, daß die Sabinianer, wenn der ausschließliche Besitz des Precaristen und Pfandgläubigers von jeher als etwas natürliches und sich von selbst verstehendes festgestanden hätte, ganz von neuem die auffallende Theorie einer Fortdauer des Besitzes des Gebers, und somit eines solidarischen Mitbesitzes aufgestellt haben würden. Ebenso wenig läßt sich aber annehmen, daß bereits das ältere Recht diesen solidarischen Mitbesitz angenommen habe. Denn abgesehen von anderem stellt Pomponius diesen Mitbesitz keineswegs als einen anerkannten hergebrachten Satz hin, sondern nur als eine theoretische Consequenz, der man sich bei den einmal gegebenen Prämissen nicht wohl entziehen könne, so auffallend sie sei. Somit wird man eigentlich zu der Annahme genöthigt, daß das ältere Recht beim Precarium und Pfande noch nicht den Empfänger, sondern vielmehr den Geber als Besitzer ansah, daß man erst später dem Empfänger den Besitz zusprach, und daß dann die Proculianer als nothwendige Consequenz dem Geber den Besitz entzogen, die Sabinianer dagegen noch an der alten Ansicht, daß er Besitzer bleibe, festhielten. Man kann dagegen auch nicht einwenden, daß es ja in l. 15. §. 4. de precario heißt:

1) L. 35. §. 1. l. 37. de pignor. act.

— eum qui precario rogavit nancisci possessionem *non est dubium* —

Denn viel eher dienen diese Worte zur Bestätigung, da das Hervorheben der Zweifellosigkeit darauf hindeutet, daß hier an sich doch Zweifel möglich wären, und daß der Satz früher noch nicht oder wenigstens nicht unbezweifelt feststand.

Wäre nun aber diese Annahme richtig, so läge die weitere Annahme wohl sehr nahe, daß die Veranlassung zur Einführung jener veränderten Behandlung in nichts anderem, als der Einführung der possessorischen Interdicte lag. Vor der Einführung dieser Interdicte hatten der Precarist und der Pfandgläubiger eigentlich gar kein rechtes Interesse, als Besitzer angesehen zu werden, da sie natürlich auf Usucapion keinen Anspruch machten. Das einzige Interesse wäre beim Fruchterwerbe gewesen, ob dieser schon durch Separation oder erst durch Perception einträte; allein abgesehen davon, daß sich dieses nur auf Aecker bezog, ist dieser Unterschied auch praktisch von geringem Werthe. Somit war es natürlich, daß man vom Standpunkte der Usucapion aus lediglich den Geber als Besitzer ansah, um so mehr da bekanntlich die Usucapion bei Singularsuccession eine accessio possessionis in der frühern Zeit nicht zuließ. Bei der Einführung der possessorischen Interdicte mußte nun aber nothwendig die Frage entstehen, ob man diese nicht dem Precaristen und Pfandgläubiger geben müsse, da in beiden Fällen der Geber die unmittelbare Herrschaft über die Sache vollständiger auf den Empfänger übertragen will, als bei Commodat und Miethe, dennoch aber sie an sich weniger rechtlichen Schutz für diese Herrschaft haben, als der Miether. Denn dieser kann bei Angriffen Fremder auf seine Sache mit der actio locati Schutz von seinem Vermiether erzwingen [1]), die actio pigneratitia contraria

1) „— nam si colonus tuus fundo frui ab eo prohibetur, quem tu

des Pfandgläubigers geht darauf aber nicht, und der Precarist hat gar keine Klage. Eine eigentlich zwingende Nothwendigkeit liegt darin freilich nicht, indessen ist es doch auch nicht gerade sehr auffallend, wenn man aus jenen Rücksichten die Sache so ansah, daß der Eigenthümer in jenen Fällen den natürlichen Besitz und damit dessen Schutzrecht durch Interdicte auf den Empfänger übertrage [1].

Mag dieses nun übrigens richtig sein oder nicht, so beweisen die obigen Stellen doch jedenfalls so viel, daß man durchaus nicht sagen kann, wie geschehen ist, die Römer haben den Besitzesübergang bei Precarium und Pfandrecht durchaus als etwas einfaches und natürliches angesehen, ohne die geringste Andeutung, daß dabei etwas anomales stattfinde, so daß also jedenfalls das hieraus gezogene Argument gegen das Erforderniß des animus domini unzulässig ist [2].

2) Bei der Emphyteuse fehlt es an einem Anhalte zur Erklärung des Besitzes in den Quellen ganz vollständig, wie bei der geringen Erwähnung dieses Besitzes nicht auffallend sein kann. Ob man ihn daher rein historisch aus der Analogie vom ager publicus, oder dogmatisch aus dem großen Umfange des

prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui." L. 33. locati.

1) Der Grund, den Savigny anführt, der Besitz des Precaristen schade ja dem Geber nicht, ist freilich falsch. Denn er verliert durch die Annahme des Besitzes beim Precaristen die Interdicte gegen die, auf die der Besitz vom Precaristen gekommen ist, wogegen ihn sein interd. de precario nicht immer entschädigen kann.

2) Man hat den Begriff des abgeleiteten Besitzes in l. 16. de usurp. unmittelbar bestätigt sehen wollen, in den Worten: qui (pignori) accepit, possidet, adeo ut addici possit ei (al. et) possessio ejus, qui pignori dedit. Allein schon Cujaz (Obs. XI. 11.) hat darauf aufmerksam gemacht, daß man hier dem Sinne der Stelle und der Uebersetzung der Basiliken nach adjici lesen muß. Bas. 50. 3. c. 15. „— καὶ προστίθεται ἡ νομὴ αὐτοῦ."

Rechts des Emphyteuta zu erklären habe, und ob seine Annahme auch hier mit der Einführung der possessorischen Interdicte in Verbindung stehe, oder schon vorher stattfand, gehört ganz in das Gebiet der reinen Hypothesen.

3. Bei der Superficies wurde, wie oben bemerkt, durch den Prätor anfangs nur ein quasipossessorisches Interdict eingeführt, woran sich erst später die Annahme eines eigentlichen Besitzes knüpfte. Der Grund dieser spätern Annahme liegt wohl in nichts anderem, als der großen Annäherung, die der Quasibesitz hier an den wirklichen Besitz hat, und der Aehnlichkeit der Superficies mit der Emphyteuse, die ja mehrfach hervorgehoben wird [1]).

4) Beim Sequester beruht die Besitzesannahme, wie oben gezeigt ist, auf der Annahme eines depositum possessionis. Wie man sich diesen auffallenden Begriff aber gedacht habe, ist nicht ersichtlich. Das Depositum des Besitzes soll natürlich etwas anderes sein, als ein Depositum einer besessenen Sache. Allein wie soll man sich ein Deponiren des Besitzes als solchen denken? Der Besitz ist ja nichts als ein bestimmtes Verhältniß zur Sache, und man kann doch nur Sachen selbst, nicht Verhältnisse zu Sachen deponiren. Das Depositum des Besitzes löst sich somit an sich stets in ein Depositum der Sache mit der Nebenbestimmung, daß der Depositar besitze, auf. Damit entsteht denn aber wieder die Frage, warum hier der Besitzesübergang durch Verabredung bewirkt werden könne. Denn aus der bloßen Absicht der Sequestranten, ihren Besitz aufzugeben, folgt noch nicht, daß der Sequester ihn mit der Detention bekomme. Denn dies ist natürlich nicht ohne einen darauf gerichteten eigenen Willen des Sequesters möglich, und dieser

1) L. 12. §. 2. de Public. L. 16. §. 2. de pign. act.

scheint hier durch den Mangel des eigenen Interesses bei der Detention noch mehr als in den obigen Fällen ausgeschlossen zu sein. Auf welche Weise, und von welchem Gesichtspunkte aus man diese Gründe gegen die Möglichkeit eines eigenen Besitzes bei einem Sequester beseitigt habe, deuten die Quellen auch nicht im entferntesten an.

§. 3.

Rechtliche Bedeutung des Besitzes.

Nach diesen Begriffsbestimmungen ist jetzt die rechtliche Natur und Bedeutung des Besitzes festzustellen. Die allgemeinen Bestimmungen der Quellen hierüber sind folgende:

Zunächst heißt es, der Besitz sei eine res oder causa facti. Es wird dieses aber in einer doppelten Bedeutung gesagt. In einigen Stellen bildet es den Gegensatz von res animi, und bedeutet dann, daß der Besitz ein äußeres physisches Gewaltverhältniß der Person zur Sache enthalte [1]). In andern wird es dagegen für den Besitz im Ganzen gebraucht [2]), und bildet dann den Gegensatz von res juris. Hier bedeutet es dann, daß der Besitz in seinem Dasein, und zwar in seinen beiden Bestandtheilen, dem innern Willen und dem äußern Gewaltverhältnisse, lediglich von factischen, nicht von rechtlichen Voraussetzungen abhängt, nämlich lediglich davon, daß eine Person den Willen, eine Sache zu beherrschen, faßt und zur Ausführung bringt. Es wird daher auch die Consequenz daraus gezogen, daß der Besitz einerseits auch im Widerspruche mit den Gesetzen erworben werden könne, wie z. B. bei beschenkten Ehegatten, dagegen anderseits durch

1) So in L. 29 de poss. L. 1. §. 15. si is, qui testam.

2) Nämlich in l. 1. §. 3. 4. de poss. L. 19. ex quib. caus. maj.

das Gesetz allein Niemanden verschafft werden könne, wie z. B. nicht durch postliminium. Die erstere Consequenz wird namentlich allgemein ausgesprochen in dem Satze:

in summa possessionis non interest, juste an injuste quis possideat [1]).

Die Römer fassen also diesem nach den Besitz zunächst in einem scharfen Gegensatze zum Rechte auf, und sehen in ihm eine Thatsache, die unabhängig ist von den gesetzlichen Bestimmungen für die Rechte. Indessen legen sie nun dieser Thatsache doch eine ganz besondere rechtliche Bedeutung bei; sie sagen, daß

qualiscunque possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet [2]);

und der Besitzer wird daher rein als solcher gegen gewaltsame Störung und Entziehung seines Besitzes durch besondere Klagen geschützt. Insoferne ist denn auch mehrfach geradezu von einem jus possessionis die Rede [2]). Man hat in diesen Aeußerungen und Grundsätzen vielfach den Beweis sehen wollen, daß die Römer den Besitz nicht für eine Thatsache, sondern für ein Recht angesehen haben. Allein ohne Grund, namentlich sagt die obige l. 2. uti poss., auf die man sich hauptsächlich berufen hat, gerade das Gegentheil. Denn wenn Paulus, ihr Verfasser, die Ansicht gehabt hätte, daß der Besitz ein Recht sei, so hätte er so nicht sprechen können. Wer wird wohl von einem Rechte, z. B. dem Eigenthume, sagen, „der Eigenthümer habe schon dadurch, daß er Eigenthümer sei, mehr Recht als der Nichteigenthümer"? Paulus kann nur sagen wollen, daß der Besitzer, obgleich der Besitz an sich kein Recht, sondern nur eine

1) L. 3. §. 5. de poss.

2) L. 2. uti possidetis.

3) L. 44. pr. de poss. L. 2. §. 38. ne quid in loco publ. L. 5. de liber. causa. L. 5. §. 1. ad leg. Jul. de vi.

Thatsache sei, dennoch durch seinen Besitz mehr Recht habe, als der Nichtbesitzer. Er kann also nur von der Ansicht ausgehen, daß der Besitz zwar nur eine Thatsache sei, aber eine solche, die den, der sie für sich hat, rechtlich besser stellt, als den, dem sie fehlt. Der Ausdruck jus possessionis in den andern Stellen steht damit nicht im Widerspruch, da er nur im allgemeinen das Recht bezeichnet, was der Besitzer als solcher hat, ohne gerade den Besitz selbst ein Recht zu nennen. Warum nun freilich die Thatsache des Besitzes jene rechtliche Wirkung habe, warum also der Besitz, obgleich er kein Recht, dennoch gegen Eigenmacht geschützt wird, worin also eigentlich der Rechtsgrund der Besitzklagen liege, darüber giebt weder Paulus irgend eine Andeutung, noch finden wir sie sonst irgendwo in den Quellen. Die Frage, ob sich die Römer diesen Rechtsgrund überhaupt klar gedacht haben, ob und wie sie ihn in der Natur des Besitzes selbst gefunden haben, oder ob sie ihn nur aus äußern Zweckmäßigkeitsrücksichten abgeleitet haben, muß daher unbeantwortet bleiben.

Eine Consequenz dieser rechtlichen Bedeutung der Thatsache des Besitzes ist übrigens für die Römer, daß doch die ganz allgemeinen Grundsätze für alles Recht auch auf das aus dem Besitze hervorgehende Recht, und insofern auch auf den Besitz selbst, angewendet werden müssen; so namentlich, daß Subjecte, die überhaupt kein Recht haben können, wie Sclaven, auch das Besitzrecht, und insofern auch keinen eigentlichen rechtlich wirksamen Besitz haben können; ferner daß res extra commercium nicht Gegenstand des Besitzrechts sein können u. a. [1]) Insofern sagen sie dann, daß der Besitz doch non tantum corporis sed et juris sei [2]), d. h. also, daß sein Dasein nicht nur

1) L. 23. §. 2. l. 24. l. 29. l. 30. §. 1. l. 49. §. 1. de poss.
2) L. 49. pr. §. 1. de poss.

von factischen, sondern auch von rechtlichen Voraussetzungen abhänge. Darin liegt also nichts weniger als ein Beweis für die Annahme, daß der Besitz ein Recht sei.

Dieser rechtliche Schutz, den der Besitz unmittelbar als solcher genießt, macht ihn zu einem selbstständigen rechtlichen Verhältnisse, und muß daher in einer Theorie des Besitzes näher ausgeführt werden. Die anderweitigen Wirkungen, die der Besitz noch bei dem Hinzutritt besonderer weiterer Umstände haben kann, wie namentlich beim Eigenthumserwerbe durch Occupation, Ersitzung, Fruchtziehung u. s. w., kommen dagegen nur mittelbar in Betracht, und werden daher hier außer Acht gelassen.

§. 4.

Sprachgebrauch der Römer.

Vor der weitern Ausführung des Besitzesschutzes sind hier erst noch einige Bemerkungen über den Sprachgebrauch des Römischen Rechts einzuschalten. Die Römer nennen den eigentlichen juristischen Besitz, d. h. den, der den rechtlichen Schutz genießt, im allgemeinen schlechthin possessio, possidere; für die übrigen Fälle von Detention, also die Detention ohne allen Willen, die Detention in fremdem Namen, und die Detention der rechtsunfähigen oder an unfähigen Objecten gebrauchen sie entweder die Ausdrücke tenere, detinere, rei insistere, in re esse, corpore rem contingere, oder zwar auch das Wort possidere, aber mit dem Zusatze corporaliter, naturaliter tantum, auch in possessione esse [1]). Dieses ist außer Zweifel. Daneben kommt nun aber noch der Ausdruck civilis possessio und

1) L. 1. pr. §. 3. l. 3. §. 6. 7. l. 10. §. 1. l. 23. §. 1. l. 24. l. 49. §. 1. de poss.

civiliter possidere vor, und es ist die Frage, was dessen Bedeutung sei. Die Frage läßt sich am sichersten beantworten, wenn man sie in die beiden weitern Fragen auflöst; erstlich ob der Ausdruck civilis possessio eine andere engere Bedeutung als possessio schlechthin habe, und dann, wenn dieses der Fall, welches diese engere Bedeutung sei. In unmittelbarer Verbindung damit stehen dann die beiden entsprechenden Fragen, ob der Ausdruck naturalis possessio stets nur Detention im Gegensatze von Besitz bedeute, oder im Gegensatze von civilis possessio auch gewisse Fälle von eigentlichem juristischem Besitze bedeuten könne.

Die erste dieser Fragen, ob nämlich civilis possessio überhaupt eine andere beschränktere Bedeutung als possessio schlechthin habe, und ob dem entsprechend naturalis possessio auch einzelne Fälle von juristischem Besitze bedeute, ist nun unbedingt zu bejahen. Sieht man von allen Beweisen aus dem mehrdeutigen Sprachgebrauche des Wortes civilis ab, so sind dafür unmittelbar in den Quellen drei Beweise.

Der unmittelbarste Beweis liegt in dem Ausspruche der l. 1. §. 9. de vi:

> Dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.

Denn da es durch anderweitige Aussprüche der Quellen außer allen Zweifel gestellt ist, daß das interdictum U. V. eigentlichen Besitz voraussetze [1]), so können diese Worte nicht anders verstanden werden, als so, daß das is qui possidet das Erforderniß des Interdicts, juristischen Besitz, im allgemeinen ausspricht, und die Worte sive civiliter sive naturaliter zwei Unterarten desselben bezeichnen. Die Erklärung, daß die Stelle nur sage,

1) Die Ausführung dieses Beweises würde die Darstellung hier zu sehr unterbrechen, und kann daher erst unten bei der Darstellung des interd. U. V. gegeben werden.

das Interdict könne auch durch Dejection des Detentors begründet werden, freilich nicht für ihn selbst, sondern nur für seinen Herrn, ist mit dem Schlußsatze unvereinbar, und entspricht auch dem ganzen Bau der Stelle gar nicht.

Einen zweiten Beweis bildet der Besitz des beschenkten Ehegatten. Daß ein solcher Ehegatte an sich Besitz habe, kann für das Justinianische Recht nicht bezweifelt werden, obgleich es unter den ältern Juristen bestritten gewesen zu sein scheint.

L. 16. de possessione. (Ulpianus.)

Quod vir uxori donavit pro possessore possidetur.

L. 1. §. 2. pro donato. (Paulus.)

— possidere uxorem rem a viro donatam Julianus putat.

L. 1. §. 4. de possessione. (Paulus.)

Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant, possidere eam, quoniam res facti jure civili infirmari non potest.

Eben so unzweifelhaft ist dagegen auf der andern Seite, daß der beschenkte Ehegatte des Schenkungsverbotes wegen keinen Civilbesitz habe.

L. 26. pr. de donat. i. v. e. u.

— licet illa jure civili possidere non intelligatur.

Es könnte daher nur die Frage sein, ob etwa jenes possidere non intelligitur die Wirkung habe, daß der Gatte auch in Betreff der Interdicte nicht als Besitzer gälte, und somit im Resultate doch nicht eigentlichen, d. h. rechtlich geschützten Besitz, sondern nur Detention hätte. Allein dies ist nicht der Fall. Die Interdicte lassen sich dem beschenkten Ehegatten nicht absprechen. Vom interdictum U. P. ist zwar nur der allgemeine Ausspruch in l. 2. uti possid. da:

Justa an injusta possessio sit, in hoc interdicto nihil refert.

Vom interdictum U. V. heißt es aber in l. 1. §. 10. de vi ausdrücklich, daß es dem beschenkten Gatten zustehe:

— si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti [1]).

Zwar hat man diese Stelle so erklären wollen, daß nach l. 1. §. 9. das interdictum U. V. keinen eigentlichen Besitz, sondern nur Detention voraussetze, und daher der Frau das Interdict nicht als Besitzerin, sondern nur wegen ihrer Detention gegeben werde. Allein diese Erklärung fällt mit der falschen Ansicht über die Ausdehnung des Interdicts auf bloße Detention von selbst zusammen. Daß übrigens der Besitz des beschenkten Ehegatten als Naturalbesitz bezeichnet werde, geht aus der Verbindung von l. 1. §. 9. und §. 10. hervor.

Ein dritter Beweis liegt in l. 3. §. 15. ad exhibendum. Wenn es hier heißt:

Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

so kann dabei der Pfandgläubiger durchaus nur als ein Fall von Naturalbesitz angesehen werden. Denn durch die Construction non solum — sed etiam wird es für den Civilbesitz von vorn herein außer allem Zweifel gesetzt, daß die Klage gegen ihn gehe, und wird nur die Haftung des Naturalbesitzers als etwas hervorzuhebendes und möglicherweise zu bezweifelndes hingestellt. Wenn daher dann zu der Regel ein Beispiel hinzugefügt wird, und zwar einfach mit dem Einleitungsworte denique, so kann sich dieses vernünftigerweise nur auf

1) Die Ansicht, daß hier das poterit nicht auf uxor und eaque, sondern auf maritus zu beziehen sei, kann mit der derben Abfertigung, die sie erfahren, wohl als beseitigt angesehen werden.

den Naturalbesitz, nicht auf den Civilbesitz beziehen. Dies wird dadurch bestätigt, daß die Compilatoren zu dem Satze von Ulpian aus einer Schrift von Pomponius die Bemerkung hinzufügen:

Nam et cum eo, apud quem deposita, vel cui commodata, vel locata res sit, agi potest.

Diese Hinzufügung von Fällen reiner Detention mit der Verbindung nam et kann gar keinen andern Sinn haben, als die Angabe Ulpians über den Naturalbesitz durch die Bemerkung zu bestätigen, daß ja selbst gegen bloße Detentoren die Klage angestellt werden könne. Nur bei völliger Verkennung des ganzen Baues und der Construction beider Stellen ist es möglich, sie so aufzufassen, daß der Pfandgläubiger als Beispiel von Civilbesitz, der Depositar und die andern als Beispiele von Naturalbesitz angeführt würden. In Uebereinstimmung mit der obigen Interpretation steht auch die Fortsetzung von Ulpians Darstellung in l. 5., wo er den von den Compilatoren eingeschalteten Satz, daß die Klage auch gegen bloße Detentoren angestellt werden könne, selber ausführt, aber unter Ausdrücken, die deutlich zeigen, daß er hier über seinen ersten Ausspruch, daß auch der Naturalbesitzer verklagt werden könne, noch hinausgehen will:

cum conductore — agi potest. — quomodo autem possidet, qui — conduxit? Quae species ostendit, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri. — teneri — et eum, qui ususfructus nomine rem tenet, quamvis nec hic utique possideat.

Zweifelhafter als diese erste Frage bei der Bedeutung von civilis possessio ist die zweite, nämlich die, welche Fälle von Besitz es nun seien, die die Römer durch die Ausdrücke Civil- und Naturalbesitz unterscheiden. Die Quellen geben hier unmittelbar nichts, als die speciellen Entscheidungen, daß bei

Sclaven [1]), bei Theilen eines Ganzen [2]), bei beschenkten Ehegatten [3]) und beim Pfandgläubiger [4]) kein Civilbesitz stattfinde. Der Grund dieser Entscheidungen liegt indessen offenbar in nichts anderem, als daß Sclaven die active, Theile eines Ganzen die (selbstständige) passive Rechtsfähigkeit nicht haben, bei den beschenkten Ehegatten die causa possessionis civilrechtlich ungültig ist, beim Pfandgläubiger der animus domini fehlt. Somit wird man sie unbedenklich dahin verallgemeinern können, daß bei allen rechtsunfähigen Subjecten und Objecten, bei allen civilrechtlich ungültigen causae possessionis, und in allen Fällen des abgeleiteten Besitzes kein Civilbesitz stattfinde. Danach wäre also Civilbesitz der Eigenthumsbesitz, bei dem kein civilrechtlicher Mangel im Subjecte, Objecte und der causa des Besitzes stattfindet, also kurz der eigentliche ursprüngliche Besitz ohne civilrechtlichen Mangel. Naturalbesitz dagegen hieße außer der bloßen Detention auch der Besitz, bei dem man den animus domini entweder gar nicht hat, oder eines civilrechtlichen Grundsatzes wegen civilrechtlich nicht haben kann, also der civilrechtlich gemißbilligte Eigenthumsbesitz und der abgeleitete Besitz [5]).

Ein Civilbesitz im obigen Sinne ist nun wesentliche Voraussetzung für Usucapion. Daß aber dieser Umstand von Einfluß bei der Bestimmung des Begriffes gewesen sei, oder daß gar noch die übrigen Erfordernisse der Usucapion, bona fides und Fähigkeit der Sache, zu dem Begriffe nothwendig wären, ist

1) L. 24 de poss. L. 38. §. 7. 8. de V. O.

2) L. 7. §. 1. ad exhibendum.

3) L. 26. pr. de donat. i. v. e. u.

4) L. 3. §. 15. ad exhibendum.

5) In manchen Stellen, z. B. in l. 1. §. 9. de vi. l. 3. §. 15. ad exhib. bedeutet dann naturalis p. bloß diesen Besitz, in andern, z. B. l. 2. §. 1. pro herede diesen Besitz und die bloße Detention zusammen.

zwar möglich, läßt sich aber wenigstens nicht beweisen, sondern kann nur als eine aus dem Worte civilis abgeleitete Hypothese angesehen werden, die zwar manches für sich hat, die aber dadurch, daß der Ausdruck civil. p. nirgends mit unmittelbarer Beziehung auf die Usucapion gebraucht wird, einigermaßen unwahrscheinlich wird. Noch weniger ist sie nothwendig zur Erklärung der Entstehung des Sprachgebrauches. Diese läßt sich bei der obigen Deutung sehr gut denken. Ursprünglich hatte man nur Eigenthumsbesitz. Daß man dabei in Fällen, wo das Civilrecht den Besitzerwerb verbot oder nicht anerkannte, sagte, civiliter oder de jure civili finde hier kein Besitz statt, sondern nur naturaliter, verstand sich fast von selbst. Ebenso natürlich war es aber auch, daß man später bei der Zulassung des abgeleiteten Besitzes, auch diesen im Gegensatze zu dem civilrechtlich hergebrachten Begriffe von Besitz einen bloß naturalen nannte; namentlich mußten die Sabinianer dieses beim Pfande und Precarium thun, da sie den Besitz des bisherigen Civilbesitzers noch neben dem abgeleiteten fortbestehen ließen.

Der Begriff des Civilbesitzes, der auf diese Weise entsteht, hat nun zwar, da er für die Interdicte ganz gleichgültig ist, und für die Usucapion zwar ein, aber nicht das einzige Erforderniß ist, keine große practische Bedeutung; allein dieses möchte auch seiner Behandlung in den Quellen, die ihn nur selten und ohne alles Gewicht erwähnen, mehr entsprechen, als wenn man ihm die Wichtigkeit giebt, die er bei der Hypothese über seine Verbindung mit der Usucapion bekommt [1]).

1) Zum Beweise des hier vertheidigten Sprachgebrauches kann man sich übrigens nicht auf Basil. 50. 3. c. 61. (in der Synopse ed. Leuncl. p. 431) berufen: *Νομὴ ἐστι φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχὴ, κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομὴ ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή.* Die Stelle ist eine unrichtige Uebersetzung von l. 10. C. de poss.: „— possessionis —, aliam, quae jure consistit, aliam, quae corpore —“; p. civilis heißt in den Basil. *νομὴ πολιτική.* Eine

§. 5.

Schutz des Besitzes. Actionen.

Bei der nähern Ausführung des rechtlichen Schutzes, den der Besitz im Römischen Rechte genießt, ist zunächst der Unterschied des mittelbaren und des unmittelbaren Besitzesschutzes an die Spitze zu stellen. Der Besitz wird nämlich nach Römischem Rechte einerseits gegen unmittelbare gewaltsame Verletzung durch besondere Klagen, die possessorischen Interdicte, geschützt. Außerdem können aber mehrere der Klagen, die allgemein zum Schutze gegen unbilligen Rechtsverlust dienen, auch zum Schutze des Verlustes des Besitzrechtes, und insofern des Besitzes selbst benutzt werden. Dieses letztere Princip ist bei uns in der neuern Zeit fast ganz in Vergessenheit gerathen, und muß daher hier gleich zuerst, noch vor den Interdicten, näher begründet werden. Um dabei der Darstellung einen bestimmten Anhalt in den Quellen zu Grunde zu legen, mögen zunächst die hierher gehörigen Stellen an die Spitze gestellt werden. Es sind folgende:

1) L. 1. §. 4. uti possidetis.

Omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut quod non possidemus nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus. *Restituendae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem.*

2) L. 1. §. 1. l. 2. de condict. tritic.

Rem autem suam per hanc actionem (cond. tritic.) nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest, veluti ex causa

bestimmte Erklärung des Begriffs geben die Basil. gar nicht. Doch heißt es in der Scholie zu Bas. 60. 17. c. 7. §. 7. (l. 1. §. 9. de vi) zu den Worten πολιτικῶς νεμόμενος: Ὡς ἐξ ἀγοράσεως ἢ δωρεᾶς. φυσικῶς δὲ ὡς ὁ κακῇ πίστει νομεύς. ὁ γὰρ πολιτικὸς νόμος τὴν τοιαύτην οὐκ ἐπιγινώσκει νομήν.

furtiva, vel vi (re) mobili arrepta. — Sed et ei qui vi aliquem de fundo dejecit posse fundum condici, Sabinus scribit, et ita et Celsus. Sed ita si dominus sit, qui dejectus condicat; caeterum *si non sit*, *possessionem eum condicere* Celsus ait.

3) L. 25. pr. §. 1. de furtis.

Verum est, fundi furti agi non posse. Unde quaeritur, si quis de fundo vi dejectus sit, an condici ei possit, qui dejecit. Labeo negat, sed Celsus putat *posse condici possessionem*, *quemadmodum potest re mobili surrepta.*

4) L. 15. §. 1. de condict. indeb.

— si nummi *alieni* dati sint, condictio competet, *ut vel possessio eorum reddatur*, *quemadmodum*, *si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei*, *tradidissem*, *condicerem.*

5) L. 46. l. 6. de donat. i. v. e. u.

Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est. — quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex injusta causa retineri intelligitur, ex quibus causis condictio nasci solet.

6) L. 9. pr. l. 21. §. 2. quod metus causa.

— si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius, huic edicto (de metu) locum esse [1]). — Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum cum fructibus consequetur; aestimatur enim quod restitui oportet, i. e. quod abest, abest autem nuda possessio cum suis fructibus.

1) Der Inscription (Ulp. lib. XI. ad edict.) und dem Inhalte nach steht diese Stelle in Verbindung mit l. 5. de vi. „Si rerum tibi possessionem vi tradidero, dicit Pomponius, unde vi interdictum cessare, quoniam non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere.“

7) L. 23. §. 2. ex quib. caus. maj.

— ei qui per captivitatem fundi possessionem vel ususfructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait.

Es frägt sich, was für ein Princip in diesen Stellen ausgesprochen sei? Die Antwort ergiebt sich aus einer genauern Interpretation derselben von selbst.

Die erste Stelle sagt im allgemeinen, daß man einen verlornen Besitz nicht nur durch Interdicte, sondern auch durch Actionen wieder bekommen könne. Man bezieht dieses in der Regel auf alle Klagen, durch die man überhaupt eine verlorene Sache wieder bekommen kann, also namentlich auch auf die Vindication. Allein da die Stelle nur von den controversiae de possessione spricht, so scheint es doch richtiger, die Schlußworte nur so zu verstehen, daß es neben den Interdicten auch Actionen giebt, die den bloßen Besitz als solchen und seinen Verlust zum Klagegrunde, und seine Wiedererlangung zum Zwecke haben, also wirkliche controversiae de possessione sind. Die folgenden Stellen zeigen, daß es solche Actionen giebt.

Die beiden nächsten Stellen behandeln die Frage, ob der Grundsatz, daß man bei Diebstahl ausnahmsweise auch sein Eigenthum condiciren könne, auch bei der Dejection von Immobilien gelte. Die Frage wird bejaht, und dabei unterschieden, wenn der Dejicirte Eigenthümer sei, so könne er die Sache selbst condiciren, wenn er nur Besitzer sei, nur den Besitz derselben. Es frägt sich daher, was die Natur dieser condictio possessionis sei, wie sie sich namentlich zur condictio rei ipsius und zum interdictum U. V. verhalte. Offenbar ist nun das Princip derselben kein anderes, als daß derjenige, der einem andern den Besitz einer Sache gewaltsam oder heimlich entzieht, diesen Besitz ex furtiva oder wenigstens ex injusta causa hat,

und daß daher die Regel zur Anwendung kommt, id quod ex injusta causa apud aliquem sit posse condici [1]).

Zwar könnte man zweifeln, ob die Klage nicht vielmehr auf dem Principe der actio Publiciana, daß der bon. fid. possessor dem Eigenthümer gleich behandelt werde [2]), beruhe, woraus dann folgen würde, daß sie nur beim Verluste einer bon. fid. possessio stattfände. Indessen läßt sich dieses nicht annehmen. Denn da die actio Publiciana auf der Fiction des Eigenthums beruht, und es von ihr in l. 7. §. 6. de Public. geradezu heißt:

Publiciana ad instar proprietatis non ad instar possessionis respicit,

so müßte eine Anwendung ihres Princips auf die Condictionen dahin führen, daß der bon. fid. possessor geradezu, wie der Eigenthümer, die condictio rei ipsius anstellen könnte. Wenn daher jene Stellen dem dejicirten Besitzer nur eine condictio possessionis geben, und zwar ohne die geringste Andeutung des Erfordernisses der bona fides, so läßt sich wohl nicht anders annehmen, als daß sie dabei rein auf dem Standpunkte des Besitzes stehen, und daß daher die Regel zur Anwendung kommen muß: in summa possessionis non interest, juste quis an injuste possideat. Man kann dagegen nicht die Stellen anführen, wonach die condictio furtiva nur dem Eigenthümer zusteht, und, wenn die gestohlene Sache dem Diebe wieder gestohlen wird, nicht dieser, sondern der Eigenthümer gegen den zweiten Dieb klagen kann [3]); denn natürlich reden diese nur von der condictio rei ipsius. Ebensowenig steht l. 12. §. 1. de furtis

1) L. 6. de cond. ob turp. c. L. 1. §. 3. de cond. sine causa.

2) Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.“ L. 136. de R. J.

3) L. 1. de cond. furt. L. 76. §. 1. de furtis.

im Wege, wonach die actio furti dem mal. fid. possessor nicht gegeben wird. Denn dies hat nach l. 76. §. 1. eod. seinen wahren Grund in der pönalen Natur der actio furti, weil danach der mal. fid. possessor durch die Klage einen reinen Gewinn machen würde, und deshalb kein rechtliches Interesse hat, welches die Klage begründen könnte. Auf die reipersecutorische condictio possessionis kann dieses keine Anwendung leiden. In der l. 12. selbst wird als Grund zwar der allgemeine Satz angegeben: „nemo de improbitate sua consequitur actionem;" allein dieser ist in dieser Allgemeinheit, wonach er auch auf reipersecutorische Klagen anwendbar wäre, geradezu falsch, da es anderwärts ausdrücklich anerkannt wird, daß der mal. fid. possessor die possessorischen Interdicte, die Depositen, Commodat, Pfandklage u. a. anstellen könne[1]).

Der Unterschied der condictio possessionis von der condictio rei ist nun diesem Principe zufolge auf folgende Weise zu bestimmen:

1) Nicht die Sache selbst, sondern ihr Besitz ist Gegenstand der condictio possessionis. Die Klage ist daher keine condictio certae rei, sondern eine condictio incerti. Die Condemnation geht daher nicht auf quanti ipsa res est, sondern nur auf quanti actoris interest possidere, was bekanntlich einen großen Unterschied macht[2]).

2) Zur Begründung der condictio possessionis gehört nur, daß der Kläger Besitz gehabt habe, und daß der Beklagte ihm denselben gewaltsam oder heimlich genommen habe. Nur dieses, nicht auch daß er ein Recht an der Sache habe, muß der Kläger daher beweisen. Unter Besitz kann dabei natürlich nur

1) L. 1. §. 39. depositi. L. 15. 16. commodati. L. 22. §. 2. de pigner. act.

2) L. 3. §. 11. uti possid. L. 6. de vi.

juristischer Besitz verstanden werden, dieser aber im vollen Umfange des Begriffs, daher ohne Unterschied ob man civiliter oder naturaliter, juste oder injuste, bona oder mala fide besaß. Auf den Pfandgläubiger als Naturalbesitzer ist namentlich die condictio incerti zu beziehen, die ihm in l. 12. §. 2. de cond. furt. beim Diebstahl gegeben wird [1]).

3) Welche Einreden bei der condictio possessionis zulässig seien, ist in den Quellen nicht entschieden. Dem Principe der Klage zufolge wird man alle Einreden aus dinglichen Rechten an der Sache, namentlich die Einrede des Eigenthums, oder aus obligatorischen Rechten auf die Sache, ausschließen müssen, da sie den Besitz als solchen, und das Recht daraus nicht berühren können. Dagegen wird man alle Einreden, die die Restitutionsobligation unmittelbar angreifen können, wie z. B. Retention, Compensation u. dgl., zulassen müssen. Ebenso wird man auch die Besitzfehler berücksichtigen dürfen; wenigstens scheint es natürlich, daß man den Besitz nur dann von Jemand condiciren könne, wenn man im interd. U. P. ihm gegenüber als Besitzer hätte anerkannt werden müssen. Die Verjährung der Klage kann natürlich nur die 30jährige sein.

Vergleicht man nach diesen Bestimmungen die Klage mit dem interdictum U. V., so liegt am Tage, daß sie gerade ebenso wie dieses durchaus als eine possessorische anzusehen ist, da sie im wesentlichen ganz dieselben Voraussetzungen und Wirkungen hat. Die Verschiedenheit liegt im wesentlichen eigentlich nur in der Verschiedenheit des rechtlichen Gesichtspunktes bei der Begründung der Klage. Das interdictum U. V. hat unmittelbar in dem Delicte der Dejection und dessen rechtlicher Aufhebung seinen Grund, die condictio possessionis dagegen in dem habere

1) Vgl. auch l. 22. de pigner. act. l. 17. §. 3. rer. amot.

ex injusta causa, welches bei dem Dejicienten durch die Dejection entsteht. Außerdem findet ein Unterschied nur noch statt:

1) insofern das Interdict nur auf Immobilien, die condictio auch auf Mobilien geht;

2) insofern die condictio nur auf das Interesse des Besitzes, das Interdict auf vollständigen Schadensersatz geht;

3) insofern in den Einreden eine Verschiedenheit stattfindet.

4) Im frühern Rechte kamen dazu noch die wichtigen processualischen Unterschiede, die zwischen den Condictionen und den Interdicten überhaupt stattfanden, also namentlich daß bei den letztern mit einer formula arbitraria geklagt werden konnte, somit die reelle Restitution des Besitzes selbst hier mehr begünstigt war. Dagegen ist aber der Unterschied, den man früher häufig annahm, durchaus unbegründet, daß die condictio nur auf die Aestimation des Besitzes, das Interdict auf den Besitz selbst gegangen sei. In dieser Beziehung standen sich, da überhaupt jede condemnatio pecuniaria war, die condictio rei und possessionis und das Interdict an sich durchaus gleich; bei allen Dreien ging die Verurtheilung gleichmäßig nur auf die Aestimation, nur daß sie bei dem Interdicte, sofern mit einer formula arbitraria geklagt wurde, durch das nisi restituat etwas modificirt wurde. Eben deshalb stehen sich alle drei Klagen aber auch im neuern Rechte, wo das Princip der unmittelbaren Real-Condemnation und Execution allgemein an die Stelle des alten Princips gesetzt ist, in dieser Beziehung wieder vollständig gleich.

Die condictio possessionis steht also diesem allen zufolge zum interd. U. V. im Verhältnisse einer einfachen electiven Concurrenz; indessen ist das Interdict im Ganzen vortheilhafter, woraus sich denn die geringe Erwähnung der condictio in den Quellen von selbst erklärt.

Nach der genauern Feststellung dieser ersten possessorischen Klage außer den Interdicten, die sich noch am nächsten an sie anschließt, ergiebt sich die Interpretation der übrigen Stellen fast von selbst. Wie hier eine condictio possessionis ex injusta causa, so findet sich ganz analog in der vierten Stelle eine cond. poss. ex causa indebite soluti, die offenbar ganz auf dem gleichen Principe beruht. Wenn Jemand einen Besitz überträgt, weil er sich irrthümlich dazu für verpflichtet hielt, so bekommt der Empfänger den Besitz sine justa causa, und es kann daher auf die Rückgabe desselben ebenso eine condictio gegen ihn angestellt werden, wie bei der Eigenthumsübertragung auf die Rückgabe des Eigenthums. Ob man bloß den Besitz als solchen übertragen wollte, oder ob man eigentlich das Eigenthum weggeben wollte, und nur, weil man es nicht hatte, bloß den Besitz wirklich übertrug, ist dabei einerlei. Man kann die condictio possessionis nicht, etwa unter Herbeiziehung der Stellen über emtio und locatio possessionis, auf die Fälle der ersten Art beschränken [1]).

In den beiden unter Nro. 5. citirten Stellen ist die Zulassung einer condictio possessionis zwar nicht unmittelbar ausgesprochen, allein sie ist eine so nothwendige Consequenz des in ihnen Gesagten, daß man namentlich nach den bisherigen Beispielen nicht daran zweifeln kann.

Die unter Nro. 6. und 7. citirten Stellen zeigen, daß auch noch andere Klagarten, als Condictionen, neben den Inter-

1) Ein weiterer Fall einer solchen cond. poss. ex c. indeb. scheint in l. 21. ad SC. Trebell. enthalten zu sein. Wenn es hier heißt: Heres, quum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit, nec cavit sibi stipulatione; — posse eum rerum hereditariarum possessionem repetere, et adversus agentem exceptione uti —, so wird man das possessionem repetere aus l. 40. §. 1. de cond. indeb. „si (heres) sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit.“ erklären müssen.

dicten auf den Besitz anwendbar sind. Die unter Nro. 6. citirten enthalten die Anwendung der actio quod metus causa. Die erste, die l. 9., wenn man sie mit der zu ihr gehörigen, oben in der Note cit. l. 5. de vi verbindet, sagt, daß Pomponius den Grundsatz ausgesprochen habe, wenn Jemand nicht unmittelbar mit Gewalt aus einem Besitze vertrieben, sondern nur zur eigenen Herausgabe desselben gezwungen sei, so könne er auf die Wiedererlangung des Besitzes zwar nicht das interd. U. V., wohl aber die actio metus anstellen. Pomponius nahm also an, daß die allgemeine Fassung des Interdicts über Zwang:

Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.

auch die Abzwingung des bloßen Besitzes mit umfasse, daß daher die actio metus, die hauptsächlich auf Restitution abgezwungener Rechte, namentlich des Eigenthums, geht, auch zur Wiedererlangung abgezwungenen bloßen Besitzes benutzt werden könne. Der Zusammenstellung mit dem interd. U. V. und der Analogie der condictio possessionis zufolge muß man dieses offenbar, wie es unbeschränkt ausgesprochen ist, so auch unbeschränkt nehmen, und den reinen Besitz als solchen zur Begründung der Klage als genügend ansehen. Dieses wird auch durch die zweite Stelle, die l. 21., bestätigt, wenn es darin heißt, die Aestimation bei der actio metus gehe, wenn der Gezwungene nur Besitz, nicht Eigenthum gehabt habe, nicht auf den Werth der Sache selbst, sondern nur ihres Besitzes, weil ja dann der Zwang nichts als die nuda possessio entzogen habe. Eine Beschränkung auf bon. fid. possessio ist auch hier weder angedeutet noch sonst begründet. Ueber die weitere Behandlung der Zwangsklage beim Besitze müssen natürlich dieselben Grundsätze gelten, wie die oben für die condictio possessionis ausgeführten, namentlich auch in Betreff des Verhältnisses der Aestimation und des Besitzes selbst bei der Verurtheilung und der Execution.

Das auffallendste Beispiel eines possessorischen Klagerechtes außer den Interdicten enthält endlich die siebente Stelle. Diese handelt von der Restitution der Großjährigen wegen Abwesenheit, namentlich Gefangenschaft, und sagt, daß auch ein Besitz oder Quasibesitz, den man durch Gefangenschaft verloren habe, restituirt werden müsse. Es ist also hier der allgemeine Satz des Edicts:

Si cujus quid de bonis — deminutum erit, cum is in — hostium potestate esset — in integrum restituam.

auch auf den Besitz bezogen, und damit der eigene Begriff einer possessorischen restitutio in integrum gebildet. Man wird freilich hier noch mehr als in den bisherigen Fällen den Zweifel erheben, ob denn wirklich bloß der Besitz an sich, und nicht bloß die bon. fid. possessio den Anspruch begründe. Allein diese Beschränkung ist auch hier unerweislich. Allerdings ist in dem den oben citirten Worten voraufgehenden §. 1 von der Usucapion die Rede, indem gesagt wird, daß ein Gefangener eine begonnene Usucapion weder während der Gefangenschaft vollenden könne, noch sie ihm durch postliminium vollendet werde [1]), allein daraus folgt nicht, daß auch der §. 2 nur von Usucapionsbesitz rede. Denn abgesehen davon, daß der §. 2 ein Citat aus Papinian enthält, so kann ja der Ideengang ganz wohl der sein, daß zwar der Prätor den verlorenen Besitz an sich unbedingt wiederverschaffe, die rechtlichen Folgen aber, die er hätte haben können, nicht ersetze. Uebrigens verliert auch diese Besitzrestitution ihre Auffälligkeit, wenn man sich ihre processualische Ausführung vergegenwärtigt. Sie geschieht natürlich nicht durch eine eigene actio recuperandae possessionis, sondern einfach dadurch, daß wie beim Eigenthume die Vindication, so hier das interdictum

1) Vgl. auch l. 18. eod.

U. P., wie es der Gefangene bei seiner Gefangenschaft hatte, ihm restituirt wird. Im spätern Rechte besteht die Restitution also in nichts, als daß der Zurückgekehrte geradezu das interd. U. P. anstellt, und die Einrede des fehlenden Besitzes durch die Berufung auf Restitution wegen Gefangenschaft aufhebt.

Das Resultat der ganzen Ausführung dieses §. ist also, daß neben den possessorischen Interdicten auch die allgemeinen Klagerechte für Rechtsverlust bis auf einen gewissen Grad auch auf den Besitz Anwendung finden. Es ist nun aber noch die Frage übrig, ob diese Anwendung auf die angegebenen Fälle beschränkt bleiben müsse, oder auch noch in weiterer Ausdehnung zulässig sei. Die angegebenen Fälle sind: drei Fälle von condictio sine causa, ein Fall einer Prätorischen Restitutionsklage, und ein Fall einer Prätorischen Restitution. Daß sie ganz besondere Singularitäten seien, ist nirgends angedeutet, sondern sie erscheinen sämmtlich als Consequenzen der allgemeinen Grundsätze über die betreffenden Klagen. Somit wird man sie auch sämmtlich nur als einzelne Beispiele ansehen müssen, die durchaus eine analoge Anwendung auf ähnliche Fälle zulassen. Man wird daher

1) in allen Fällen der condictio sine causa neben der condictio rei auch eine condictio possessionis zulassen müssen. Ebenso wird man

2) die andern Prätorischen Restitutionsklagen, also namentlich die actio doli, die actio Pauliana, auch bei bloßer Besitzentziehung geben müssen, und nicht weniger

3) in den andern Fällen der restitutio in integrum bei bloßem Besitzverluste Restitution ertheilen müssen.

Eine noch umfassendere Anwendung des ganzen Princips läßt sich zwar denken, ist aber in den Quellen wenigstens durchaus nicht angedeutet.

§. 6.

Interdicte. Uti possidetis.

Die Interdicte zum Schutze des Besitzes theilen die Römer ein in interdicta retinendae und recuperandae possessionis. Bei den erstern machte das ältere Recht einen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, und stellte zwei verschiedene Interdicte dafür auf, utrubi und uti possidetis. Im Justinianischen Rechte ist dieser Unterschied dem Namen nach zwar beibehalten, der Sache nach aber das interd. utrubi dem uti possid. vollständig gleichgestellt, so daß nur dieses dargestellt zu werden braucht. Dieses bedarf dagegen einer sehr genauen Untersuchung, da seine rechtliche Behandlung bei uns noch immer äußerst zweifelhaft ist. Namentlich sind seine allgemeine rechtliche Natur, seine Duplicität und die Bedeutung seiner Einreden näher auszuführen.

I. Die erste Frage beantwortet sich am leichtesten, wenn man die Gestalt, die das Interdict bei Cajus, bei Ulpian und Paulus, und bei Justinian hat, in der Darstellung ganz von einander trennt.

1) Wenn man bei Cajus im vierten Buche in dem Abschnitte über die Interdicte die auf das interd. U. P. bezüglichen Stellen im Zusammenhange liest, so findet man, daß in seiner Darstellung des Interdicts eigentlich zwei Gesichtspunkte neben einander hergehen, von denen bald der eine, bald der andere mehr hervortritt, die aber nirgends eigentlich vereinigt sind. Es sind dieses die beiden auch noch bei uns einander entgegenstehenden Auffassungen des Interdicts, einerseits daß es nur die Regulirung eines zweifelhaften Besitzstandes zur Vorbereitung der Vindication bezwecke, anderseits daß es zum Schutze des Besitzes gegen Störung eingeführt sei.

Der erste Gesichtspunkt ist namentlich gleich anfangs in der allgemeinen Bezeichnung des Interdicts ausgesprochen, wenn es §. 148. heißt:

Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, cujus rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi.

Ebenso liegt er auch in §. 150. zu Grunde bei der Bestimmung des Princips der Entscheidung des Processes:

Et siquidem de fundo vel de aedibus interdicitur, eum potiorem esse Praetor jubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, sine vitio ab adversario possidet.

ferner in §. 166. bei der Bestimmung der Aufgabe des Judex beim Processe:

— judex illud requirit — uter eorum eum fundum per id tempus, quo interdictum redditur, sine vitio possideret —

und endlich in §. 167. bei der Bestimmung der Beweisführungen der Parteien:

Is qui fructus licitatione vicit, si non probet, ad se pertinere possessionem, — solvere — jubetur. Ille autem, qui fructus licitatione victus est, si non probarit, ad se pertinere possessionem *rel.*

Im Gegensatze hiermit liegt der andere Gesichtspunkt, der Schutz gegen Störung, ebenso gleich in dem Anfange der ganzen Darstellung der Interdicte zu Grunde, wenn Cajus dort §. 139 bis 142. das interd. U. P. von den übrigen, namentlich dem U. V., lediglich unter dem Gesichtspunkte der Verhütung drohender Gewalt im Gegensatze der Erzwingung verweigerter Restitution oder Exhibition unterscheidet:

Certis ex causis Praetor principaliter auctoritatem suam

finiendis controversiis praeponit, quod tum maxime facit, cum de possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet. — velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur — velut cum praecipit, ne possidenti vis fiat. — *Principalis* igitur divisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta aut restitutoria aut exhibitoria.

Dieser Gesichtspunkt wird festgehalten, wenn in §. 141 der Gegenstand der Untersuchung des Juder dem Befehle des Prätors entsprechend dahin bestimmt wird:

— ibi quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit.

und wenn dann hinzugefügt wird:

— et modo cum poena agitur, modo sine poena; cum poena velut cum per sponsionem agitur — et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet.

sofern man nur aus §. 166 die Formel der Sponsionen hinzunimmt:

nisi adversus edictum praetoris possidenti vis facta esset.

Vergleicht man beide Aeußerungen mit einander, so scheinen sie zum Theil eigentlich einander geradezu zu widersprechen. Nach der einen ist der Zweck des Interdicts, zu bestimmen, uter possidere, uter petere debeat, nach der andern, ne vis fiat possidenti; nach der einen soll der Juder untersuchen, uter possideret interdicti tempore, nach der andern, an aliquid adversus edictum praetoris factum sit; nach der einen müssen die Parteien nur ihren Besitz beweisen, nach den Sponsionsformeln ist der Beweis der vis die Hauptsache.

Um diese scheinbaren Widersprüche zu beseitigen, ist es nöthig, den prohibitorischen Charakter des Interdicts etwas genauer zu bestimmen. Die einzelnen Angaben, die wir darüber

durch die leider sehr verstümmelte Darstellung von Cajus haben, sind folgende. Der Proceß fängt an mit der Ertheilung des Verbots der Gewalt (Interdict im e. S.) vom Prätor, praecipit ne vis fiat possidenti. Später gehen die Parteien zum Judex, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit. Das Verfahren ist stets cum poena und per sponsionem. Die Sponsionen, die gegenseitig geschlossen werden, gehen dahin: nisi adversus edictum praetoris possidenti vis facta esset. Ihnen entsprechen beiderseitige Restipulationen. Den Sponsionen vorauf geht noch eine s. g. fructus licitatio, d. h. eine Versteigerung des interimistischen Besitzes für die Dauer des Processes.

Die Frage ist nun, in welcher Verbindung diese einzelnen Glieder des Processes mit einander stehen? Die nächste Annahme scheint hier die zu sein, daß das Ganze ein fortlaufendes Proceßverfahren bilde, daß also die Licitation und die Sponsionen gleich nach der Erlassung des Interdicts vor dem Prätor vorgenommen werden, und die Parteien dann unmittelbar zum Judex gehen. Dann entsteht nun aber die Frage, was unter der vis adversus edictum zu verstehen sei, die der Gegenstand der Sponsionen und der Untersuchung des Judex sein soll, und die somit die eigentliche Grundlage des ganzen Verfahrens vor dem Judex bildet. Soll dieses eine Gewalt sein, die vor dem ganzen Processe, also auch vor der Erlassung des Interdicts ausgeübt war? etwa die, welche die Veranlassung zur Klage gab? Man hat es behauptet, und es scheint fast das natürlichste. Allein dann hätte ja die Erlassung des Interdicts selbst gar keinen Sinn mehr. Denn in der Hauptsache würde sich dann der Proceß ganz um diese vor dem Interdicte verübte Gewalt drehen, das Interdict also dafür ganz bedeutungslos sein. Für den Besitz während des Processes hätte es aber auch keinen

Werth, da dieser ja durch die fr. licit. selbstständig geordnet wurde. Dazu kommt, daß ja dann nothwendig der Besitzstand zur Zeit der Gewaltthätigkeit der Entscheidung hätte zu Grunde gelegt werden müssen, während Cajus zweimal §. 150. und 166. hervorhebt, daß es auf den Besitz eo tempore, quo interdictum redditur, ankomme [1]). Endlich aber konnte ja auch vor der Erlassung des Interdicts von einer vis adversus edictum eigentlich überhaupt noch gar keine Rede sein. Denn das Edict enthielt ja gar kein eigentliches allgemeines Verbot der Gewalt gegen den Besitz, sondern nur die Formel eines Verbots, das der Prätor im einzelnen Falle erlassen zu wollen versprach, das aber schon seiner Fassung uti *nunc possidetis* nach nicht eher wirksam werden konnte, als es wirklich erlassen war [2]).

Aus diesen Gründen wird man diese Ansicht unbedingt verwerfen, und die vis adversus edictum jedenfalls auf eine Gewalt nach Erlassung des Interdicts beziehen müssen. Es kann darunter nichts anderes, als eine Gewalt eben gegen das Interdict selbst, eine Verletzung dieses Verbotes selbst gemeint sein. Zwar scheint es, als müßte es dann adversus *interdictum* heißen. Allein da die Erlassung der einzelnen Interdicte im Edicte allgemein versprochen war, die einzelnen also diese allgemeine Bestimmung zur Grundlage hatten, so kann man doch auch den Ausdruck edictum in jenem Sinne verstehen. Eine Bestätigung dafür enthält l. 102. de R. J. aus Ulpian's erstem Buche zum Edict:

1) Damit zusammen hängt auch, daß nach l. 3. de interd. und l. 1. §. 40. de vi bei allen Interdicten außer dem de vi etwaiger Fruchtersatz stets erst von der Zeit des Interdicts, nicht schon der dasselbe hervorrufenden Handlung oder Unterlassung berechnet wird.

2) Wenn der Prätor die Besitzstörung unmittelbar durch das Edict ganz allgemein hätte verbieten, und zum Grunde einer Klage machen wollen, so hätte er das Edict nach der gewöhnlichen Form der Klagen abfassen müssen, etwa: Si quis possidenti vim fecerit — judicium dabo.

Qui vetante Praetore fecit, hic adversus edictum fecisse proprie dicitur.

Mit der Verlegung der Gewalt hinter das Interdict ist nun aber die Frage, was darunter zu verstehen sei, keineswegs gelöst. Denn wenn die Parteien die Licitation und die Sponsionen gleich unmittelbar nach Erlassung des Interdicts vor dem Prätor vornahmen, so war ja zur Verübung einer eigentlichen Gewalt, die doch die Sponsionen bereits als geschehen voraussetzen, gar keine Möglichkeit da. Die Gewalt könnte dann fast gar nichts anderes sein, als die fructus licitatio selbst; denn diese ist die einzige Handlung, die dann zwischen das Interdict und die Sponsionen fällt. Man hat dieses auch wirklich behauptet. Allein die Annahme ist doch kaum möglich. Die Licitation ist ja ihrem Zwecke nach nichts anderes, als eine bestimmte Ordnung des Besitzes für die Dauer des Processes. Sie setzt also ihrer Idee nach die Begründung des Processes selbst bereits voraus. Es wäre daher ja wirklich widersinnig, wenn sie selbst diesen Grund erst bilden sollte. Allerdings ist es ein Unrecht, wenn der Nichtbesitzer sich bei der Licitation den Besitz für die Dauer des Processes verschafft, allein doch auch nur dieses beschränkte processualische Unrecht, für welches er durch den Verlust der Licitationssumme bestraft wird, welches aber nicht den Grund des ganzen Processes ausmachen kann, wie denn auch Cajus das Unrecht des Licitanten nur darin setzt:

quod alienam possessionem *per hoc tempus* retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est.

Dazu kommt endlich, daß ja auch die eine Partei der andern den interimistischen Besitz ohne alle Licitation überlassen kann, und überhaupt bei andern prohibitorischen Interdicten, als dem U. P., die ganze Licitation wegfällt, also jedenfalls außer der Licitation noch eine andere Gewalt möglich sein müßte.

Auf diese Weise wird man eigentlich zu der Annahme genöthigt, daß beim interd. U. P. wie überhaupt bei allen prohibitorischen Interdicten auf die Erlassung des Verbots nicht gleich das weitere Verfahren folgte, sondern die Parteien den Prätor zunächst verließen, und erst wenn dann außergerichtlich gegen das Verbot gehandelt wurde, das weitere Verfahren durch fr. licitatio und Sponsionen eingeleitet wurde. Eine Bestätigung findet dies darin, daß auch bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten, bei denen ja auch, wie bei den prohibitorischen, ein Verfahren per sponsionem eintreten konnte, dieses nach §. 165 gerade dann stattfand, wenn der Beklagte nach dem Erlaß des Interdicts den Prätor verließ, und dann dennoch „contra edictum praetoris" die Restitution oder Exhibition unterließ. Einen noch speciellern Beleg dafür, daß man unter der vis adversus edictum wirkliche außergerichtlich verübte Gewalt verstand, giebt die Stelle von Cicero pro Caecina c. 16:

> — cum ad vim faciendam veniretur, si quos armatos quamvis procul conspexissent, ut statim testificati discederent, optime sponsionem facere possent, „*ni adversus edictum praetoris vis facta esset.*"

Denn die hier genannte Sponsion kann sich nur auf das interd. U. P. oder wenigstens die prohibitorischen Interdicte beziehen, da die Sponsion bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten nach §. 165 dahin gieng: si contra edictum praetoris non exhibuerit vel restituerit.

Ist diese Ausführung richtig, so ist die den prohibitorischen Interdicten und namentlich dem interd. U. P. zu Grunde liegende Idee folgende. Wie bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten der Kläger aus der Verweigerung der Restitution und Exhibition nicht ohne weiteres eine eigentliche

Klage hat, sondern nur erst das Recht, vom Prätor einen Restitutions- oder Exhibitionsbefehl zu erwirken, und dann erst im Fall des Ungehorsams das Recht auf Pönal-Sponsionen und Klagen daraus bekommt; so hat auch bei den prohibitorischen Interdicten, namentlich dem U. P., der Kläger aus der betreffenden Handlung, namentlich der Besitzstörung, nicht gleich eine eigentliche Klage gegen den Thäter, sondern zunächst nur erst das Recht, vom Prätor ein Verbot der Handlung zu erlangen, und erst wenn dieses nicht respectirt, und die Handlung wiederholt wird, bekommt er aus diesem Ungehorsam das Recht auf die Sponsionen und die Klagen daraus [1]).

Indessen konnte es doch kaum ausbleiben, daß sich dieses Verfahren in vielen Fällen, und zwar namentlich beim interd. U. P. auf eine eigene Weise abkürzte. Cajus faßt das Interdict durchaus nur in vollständiger Duplicität auf, d. h. so, daß beide Parteien gleichmäßig den Besitz zu haben behaupten, und sich gegenseitig Störung vorwerfen, weshalb denn auch das Verbot unbestimmt auf beide Parteien gleichmäßig gestellt wird. Wie, wenn nun beide gleich vor dem Prätor erklärten, daß sie bei ihrer Behauptung, Besitzer zu sein, blieben, und sich auch factisch darin behaupten würden? Mußten sie dennoch erst fortgehen, und wirklich Gewalt ausüben? Oder war es nicht natürlicher, daß der Prätor in diesem Beharren auf dem Besitze, und dem darin von selbst, auch unausgesprochen, liegenden Drohen von Gewalt selbst schon eine hinreichende Gewalt sah, um das weitere Verfahren sogleich ohne weiteres

1) Warum übrigens der Prätor diesen Umweg einschlug, und nicht geradezu edicirte: si quis possidenti vim fecerit, oder possidentem dejecerit, judicium dabo, darüber läßt sich viel streiten. Wenn es wahr wäre, daß die Interdicte aus einer Zeit wären, wo das Recht des Prätors zur Aufstellung neuer eigentlicher Actionen noch nicht anerkannt war, so beantwortete sich die Frage von selbst.

einzuleiten? Gewiß. Wahrscheinlich, jedoch nicht erweisbar, vermittelte man die Sache dann formell durch eine vis ex conventu, eine Art deductio moribus. Die Worte bei Cicero pro Caec. c. 1. — si facta vis esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset — könnten sich sehr wohl hierauf beziehen. Dann aber verstand es sich von selbst, daß bei dem weitern Verfahren nun, obgleich das Princip an sich eigentlich das gleiche blieb, doch die Frage: an adversus edictum vis facta esset, mehr in den Hintergrund trat, und die Hauptfrage die wurde, wer zur Zeit des Interdictes wirklich fehlerfreier Besitzer gewesen sei.

Damit ist denn aber von selbst die Erklärung gegeben, warum das Interdict auf der einen Seite als prohibitorisch behandelt, und der Schutz gegen Gewalt als die Hauptrücksicht dabei angesehen wurde, und dann doch auf der andern Seite wieder die Entscheidung über den streitigen Besitzstand als Hauptsache hingestellt, und das Interdict daher auch zur Vorbereitung der Vindication benutzt werden konnte. Diese letztere Rücksicht, die Beziehung auf die Vindication, hat indessen in der Darstellung von Cajus doch offenbar nur eine untergeordnete Bedeutung. Sie wird mehr nur als factische Veranlassung des Interdicts, nicht eigentlich als rechtlicher Bestandtheil desselben hingestellt. Denn praktische Consequenzen werden durchaus nicht daraus gezogen, namentlich ist von einer formellen processualischen Verbindung des Interdicts mit der Vindication, wie bei den alten manus consertae, auch nicht die geringste Andeutung. Alle einzelnen Bestimmungen passen gerade eben so gut auf den Streit zweier mal. fid. possessores über einen Besitz, wobei an Vindication von keiner Seite gedacht wird. Daß aber Cajus die Vorbereitung der Vindication factisch als den Hauptzweck des Interdicts hinstellt, kann nicht auffallen,

da er dasselbe, wie schon oben bemerkt, nur als gegenseitige Klage zweier, die beide Besitzer zu sein behaupten, auffaßt, und in solchen Fällen die Parteien die Behauptung des Besitzes fast ausnahmslos auf die Behauptung des Eigenthums zu stützen und mit Vindication zu drohen pflegen.

Von einseitiger Anstellung des Interdicts vom Besitzer gegen Nichtbesitzer, die ihn, ohne selbst Besitz zu behaupten, stören, oder gar von Anstellung des Interdicts lediglich zum Zwecke von Schadensersatz für vergangene Störungen ist bei Cajus noch keine Rede.

2) Der scheinbar doppelte Standpunkt der Auffassung des Interdicts, den Cajus hat, findet sich auch bei Ulpian vollständig wieder. Auch er sagt in l. 1. §. 1—4. uti possid. auf der einen Seite:

> Hoc interdictum prohibitorium est ad retinendam possessionem — nam *hujus rei causa redditur*, ne vis fiat ei qui possidet. Et consequenter proponitur post interd. U. V.; illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc tuetur, ne amittatur. Denique praetor possidenti vim fieri vetat, et illud oppugnat possessorem, hoc tuetur.

und dagegen auf der andern:

> Hujus interdicti *proponendi causa haec fuit*, quod separata esse debet possessio a proprietate —. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, ad hoc interdictum remittentur.

Die Vorbereitung der Vindication wird hier sogar als der historische Entstehungsgrund des Interdicts angegeben, was bei Cajus nicht ist. Dennoch aber ist die Beziehung auf die Vindication hier gerade eben so wenig von praktischer Bedeutung, wie bei Cajus, und von einer Beschränkung auf diesen Fall

kann gar keine Rede sein. In l. 12. §. 1. de possess. sagt Ulpian, man könne das Interdict auch noch nach Beginn der Vindication, also nachdem die Parteirollen für dieselbe bereits geordnet sind, anstellen. Außerdem erscheint aber der prohibitorische Charakter des Interdicts bei Ulpian und ebenso bei Paulus in der weitern Entwicklung, von der bei Cajus noch keine Spur war, daß es auch gegen den Nichtbesitzer, der gar keinen Besitz behauptet, wegen Störungen des Besitzes angestellt werden kann. Es ist dies namentlich in folgenden Stellen ausgesprochen:

L. 3. §. 2—4. uti possid. (Ulpianus.)

Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur. — Quum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, aeque competere interdictum placuit. — Uti debere interdicto U. P., — qui colere fundum prohibetur.

L. 4. uti possidetis. (Ulpianus.)

— puto — hoc interdictum reddendum, etsi alter usumfructum alter possessionem sibi defendat.

L. 8. §. 5. si servitus. (Ulpianus.)

— interdictum U. P. poterit locum habere, si quis prohibeatur qualiter velit suo uti.

L. 5. §. 10. de o. n. n. (Ulpianus.)

— quotiens quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel projicere vult, aequissimum erit, interdicto adversus eum U. P. uti.

L. 14. de injuriis. (Paulus.)

— si maris proprium jus ad aliquem pertineat, U. P. interdictum ei competit, si prohibeatur jus suum exercere [1]).

1) Auch l. 11. de vi von Pomponius (Vim facit, qui non sinit possidentem eo quod possidebit uti arbitrio suo, sive inserendo, sive

Natürlich darf man indessen diese Stellen nicht so verstehen, als ob eine jede Gewalt gegen einen Besitzer, jede Injurie, Beschädigung, Diebstahl u. s. w. das Interdict begründen können. Davon kann keine Rede sein. Denn wenn dasselbe auch darauf geht, ne vis fiat possidenti, so soll es doch immer nur eine „controversia de possessione" sein, soll „possessionem tueri, ne omittatur, ut retineatur." Somit muß die Gewalt jedenfalls stets eine bestimmte Beziehung auf den Besitz an sich haben, einen Angriff auf den Besitz als solchen enthalten, wenn sie das Interdict begründen soll. Sie muß also geschehen, weil man den Besitz dem Gegner zu entziehen sucht, oder weil man sich einzelne, namentlich servitutenartige, Beschränkungen desselben oder Befugnisse über denselben anmaßen will. Es ist dieses auch in den obigen Stellen sehr bestimmt angedeutet, wenn in der ersten als Grund, warum die Verhinderung am Bauen das Interdict begründe, angegeben wird:

— etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.

oder wenn in der zweiten bei der Klage des Besitzers gegen den Miethsmann dem erstern gerathen wird:

testari, se non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret.

Demnach liegt also in dieser neuen Anwendung des Interdicts kein Hinausgehen über das alte Princip, kein Aufstellen einer neuen Function des Interdicts. Das Princip ist vielmehr nach wie vor Schutz des Besitzes gegen Gewalt. Der Unterschied liegt nur darin, daß man eine Gewalt gegen den Besitz als solchen nicht mehr bloß dann annimmt, wenn sie aus dem

fodiendo etc.) gehört im neuern Rechte hierher. Ursprünglich kann sie jedoch sehr wohl auch vom Standpunkte des Cajus aus geschrieben sein.

Grunde geschieht, weil man den Besitz des Gegners ganz läugnet, und ihn lediglich sich selbst zuschreibt, sondern auch wenn sie aus den oben genannten Gründen geschieht. Also nicht der rechtliche Charakter, sondern nur der Umfang und der Grund der Gewalt, die das Interdict begründet, ist bei dieser neuen Anwendung in einer weitern freiern Weise aufgefaßt.

3) Justinian hat zunächst die Auffassung von Cajus und die von Ulpian und Paulus zusammen in seine Gesetzbücher aufgenommen, die eine in die Institutionen, die andere in die Pandekten. Wie sehr die Compilatoren aber bei dem Interdicte an die Verhütung von Gewaltthätigkeiten dachten, zeigt Theophilus, wenn er in der Paraphrase zu pr. J. de interdictis sagt:

Ἥνικα περὶ νομῆς μεταξὺ δύο τινῶν γίνεται φιλονεικία, ἀπέρχονται πρὸς τὸν πραίτωρα, — ἐπειδὴ συμβαίνει πολλάκις, καὶ φόνοις πλημμελεῖσθαι, καὶ τραύματα ἐπάγεσθαι, καὶ πληγὰς ἐπιφέρεσθαι ἐν ταῖς τοιαύταις φιλονεικίαις.

Indessen hat das Interdict bei Justinian durch die Aufhebung des alten Interdicten-Processes eine sehr bedeutende Veränderung auch in seinem rechtlichen Charakter erlitten, die freilich bei uns noch keineswegs gehörig gewürdigt wird.

Die Eigenthümlichkeit des ältern Interdictenrechts beruhte, wie oben gezeigt ist, hauptsächlich auf dem Principe, daß alle die Handlungen und Unterlassungen, die der Prätor durch die Interdicte verbot oder gebot, an sich dem Rechte nach dem Verletzten noch kein eigentliches Klagerecht gaben, sondern nur erst das Recht, ein Gebot oder Verbot vom Prätor zu erlangen, mit der Wirkung, daß falls dieses durch Wiederholung der verbotenen oder fernern Unterlassung der gebotenen Handlung verletzt würde, der Verletzte nun aus diesem Ungehorsame bestimmte Klagerechte erwürbe. So gab beim interd. U. P. die

erste Besitzstörung dem Besitzer nur das Recht, das Prätorische Verbot, ne vis fiat possidenti, zu erwirken. Erst wenn die Störung dann dennoch wiederholt wurde, bekam er nun aus dieser neuen Störung eine eigentliche Klage. Die Klage war aber nun nicht eine Klage auf Schutz im Besitze, sondern eine durch Sponsionen vermittelte Klage auf Strafe wegen der trotz des Prätorischen Befehls geschehenen Störung, wozu dann noch die besondern Rechte aus der fructus licitatio kommen konnten.

Im Justinianischen Rechte ist nun dieses alte Princip des Interdictenrechtes weggefallen, und die Behandlung der dahin gehörigen Fälle in §. 8. J. de interd. auf folgende Weise bestimmt:

> Hodie — non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Offenbar kann dies nichts anderes heißen, als: „heutzutage ist in den Fällen der alten Interdicte die wirkliche Erlassung eines besondern gerichtlichen Interdicts zur Begründung einer Klage nicht mehr nöthig; sondern die ehemaligen Prätorischen Gebote und Verbote sind jetzt allgemeine gesetzliche Vorschriften, deren Verletzung dem Betreffenden von selbst unmittelbar aus dem Gesetze eben so ein Klagerecht giebt, als er es früher aus der Verletzung des Prätorischen Befehls erhielt.“ Für das interd. U. P. gestaltet sich danach die Sache so: das Verbot, ne vis fiat possidenti, braucht jetzt nicht mehr im einzelnen erlassen zu werden, sondern ist ein allgemeines gesetzliches Verbot. Jede Besitzstörung ist daher jetzt gleich so zu behandeln, wie früher die nach Erlaß des Verbots erfolgte, so daß jetzt also stets schon die erste Besitzstörung eine Klage giebt [1]). Diese Klage geht

1) Es ist jetzt, als ob das Prätorische Edict geradezu wie bei den andern Klagen hieße: Si quis possidenti vim fecerit, judicium dabo.

aber nicht mehr wie früher auf Strafe, sondern nur auf das quanti res est, d. h. quanti possidentis interest possessionem retinere [1]); im übrigen steht sie aber ganz an der Stelle der ehemaligen Pönalstipulationsklagen, woraus namentlich folgt, daß sie wie diese immer nur die vergangene Störung und deren Aufhebung zum Grunde und Gegenstande hat, die möglichen zukünftigen Störungen aber dabei gar nicht in Betracht kommen. Es ist offenbar ganz verkehrt, wenn man meint, das Urtheil der Klage des neuern Rechts müsse so lauten, wie der Prätorische Befehl im ältern Rechte, vim fieri veto. Es kann vielmehr lediglich dahin gehen, erstlich wie früher den Besitz des Klägers anzuerkennen, und dann den Beklagten, statt wie früher auf Conventionalstrafen, jetzt auf das Interesse der Besitzstörung zu verurtheilen. Das Verbot fernerer Störungen liegt darin von selbst. Von einem besondern Erkennen eines Verbotes, oder gar einer Verurtheilung zu Cautionen für seine Befolgung kann aber im neuern Rechte gerade eben so wenig die Rede sein, wie im ältern, da gar nicht abzusehen ist, woher es auf einmal gekommen sein sollte. Von selbst aber versteht es sich keineswegs, namentlich folgt es nicht schon daraus, daß die Interdictenklage des neuern Rechtes noch immer ad tuendam, retinendam possessionem dienen soll. Denn dieses ist ja der Fall, sobald jede Besitzstörung durch die Klage bestraft werden kann.

Aus dieser Umgestaltung des Interdicts erklärt sich denn auch von selbst der Zusatz, den das vim fieri veto in den Pandekten hat:

> neque pluris, quam quanti res erit, intra annum agere permittam.

1) L. 1. pr. l. 3. §. 11. uti possid.

der ursprünglich unmöglich so mit dem ersten Satze verbunden sein konnte, sondern sich höchstens auf das Cascellianum judicium beziehen konnte.

Faßt man das Resultat der ganzen Untersuchung zusammen, so ist die Natur des interd. U. P. im Justinianischen Rechte folgende. Es ist im allgemeinen eine Klage zum Schutze des Besitzes gegen Störung. Dieser Zweck wird aber dadurch er- erreicht, daß der Besitzer wegen jeder Störung auf das Interesse seines ungestörten Besitzes klagen kann. Eine Besitzstörung ist nur da, wenn die betreffende Handlung einen Angriff auf den Besitz als solchen enthält; einerlei ist aber, ob sie geschieht, weil der Thäter selbst den Besitz zu haben behauptet und sich darin erhalten will, oder weil er ihn sich erst zueignen will, oder weil er sich einzelne beschränkende Befugnisse anmaßt. Im ersten Falle dient die Klage zugleich zur Entscheidung eines zweifelhaften Besitzstandes, und somit unter Umständen zur Vorbereitung der Vindication. Abgesehen davon kann man von verschiedenen Functionen oder Zwecken der Klage nicht sprechen.

II. Die zweite Hauptfrage beim interd. U. P. ist die über die Bedeutung der Duplicität desselben. Geht man dabei zunächst wieder von Cajus aus, so sagt dieser §. 160, das Interdict sei duplex, weil dabei die Stellung der Parteien ganz gleich sei, keiner vorzugsweise als Kläger oder Beklagter erscheine, sondern jeder sowohl Kläger als Beklagter sei, weshalb auch die Fassung des Interdicts, uti possidetis ita possideatis, auf beide gleichmäßig gehe. Dem entsprechend ist es, daß nach §. 166—8 beide gleichmäßig gegenseitige Sponsionen und Restipulationen mit einander schließen, daß ferner die Untersuchung des Judex nicht einseitig darauf geht, ob der Kläger besitze, sondern allgemein darauf, welche von beiden Parteien besitze, daß jeder von beiden möglicherweise verurtheilt werden kann,

und daß endlich jeder gleichmäßig den Beweis seines Besitzes führen muß. Dieses letzte ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, allein es versteht sich ganz von selbst, da der ganze aus dem Prätorischen Verbote hervorgehende Proceß gar nicht unmittelbar auf der Besitzfrage beruht, sondern auf den Pönalstipulationen, aus denen die Parteien gegenseitig gegen einander klagen, und die beiderseitig den behaupteten Besitz zur Voraussetzung haben. Auch tritt die Gegenseitigkeit des Beweises sehr deutlich in §. 166—168 hervor, wenn es dort heißt:

> judex — requirit — uter possideret; cum id exploraverit et forte secundum me judicatum sit, adversarium — condemnat —. Ergo is qui fructus licitatione vicit, si non probat, ad se pertinere possessionem *rel.* — ille autem qui victus est, si non probat, ad se pertinere possessionem *rel.*

Diese Duplicität mit ihren Folgen ist auch bei der Gestalt, die das Interdict bei Cajus hat, etwas sehr natürliches. Denn wenn von zweien jeder behauptet, er sei Besitzer, und der andere störe ihn, und beide mit dieser Behauptung zusammen vor Gericht auftreten, so ist es in der That das natürlichste, ohne weitere Unterscheidung jedem den Beweis seiner Behauptung aufzuerlegen, und dann der Beweisführung gemäß zu entscheiden. Daher kann man denn auch eine Aeußerung von Cajus über die Duplicität der Theilungsklagen in l. 13. de judiciis und l. 2. §. 1. communi div.:

> In istis judiciis — quaeritur, quis actor intelligatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem, qui ad judicium provocasset.

nicht auf das interd. U. P. beziehen. Denn die Duplicität hat bei diesen einen andern Charakter als beim interd. U. P., da dort die Parteien nicht um einen Gegenstand streiten, den jeder gleichmäßig ganz haben will, sondern jeder nur einen bestimmten

Antheil von einer Sache haben will, also die ganze Identität der gegenseitigen Ansprüche fehlt.

Zweifelhafter ist es aber, ob der Charakter der Duplicität auf das Interdict auch noch in der Gestalt, die es bei Ulpian und Paulus hat, paßt, da es ja hier auch bei ganz entschiedenem Besitzstande wegen rein einseitiger Störungen gegeben wird. Wenn man z. B. das Interdict den oben citirten Stellen zufolge gegen einen Nachbar anstellt, weil man von ihm verhindert wird, auf dem besessenen Grundstücke zu bauen oder Feuer anzumachen, oder weil er selbst etwas darauf bauen will, oder weil er Weinreben von demselben auf sein Grundstück herüberziehen will, oder weil er auf Grund eines Rechtes an der Sache, Eigenthums, Nießbrauchs u. s. w., sich den Besitz mit Gewalt zu verschaffen sucht, so kann ja von einer Gleichheit der Stellung der Parteien gar keine Rede sein, und es wäre widersinnig, hier eine gleiche Beweisauflage stattfinden zu lassen. Offenbar muß hier eine andere Behandlung der Sache eintreten, und zwar eine verschiedene, je nach der Art des Falles. Wenn nämlich

1) der Gegner die betreffende Handlung vornahm, weil er im Besitze eines ihn dazu ermächtigenden Rechtes zu sein behauptet, z. B. einer servitus protectus, prospectus, usus, ususfructus u. s. w., so steht offenbar die Behauptung dieses beschränkten Besitzstandes ganz an der Stelle der Behauptung des vollen eigenen Besitzes in den bei Cajus zu Grunde liegenden Fällen. Dem Gegner muß daher der Beweis dieses Besitzes nachgelassen werden, und wenn er ihn liefert, so muß er ebenso siegen, als wenn er in jenen Fällen den Beweis des vollständigen Besitzes führt. Die Duplicität findet also hier allerdings statt, nur mit einer eigenthümlichen Modification. Die Quellen bestätigen diese Behandlung mehrfach ausdrücklich:

L. 4. uti possidetis.

— puto — hoc interdictum reddendum, et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat.

L. 3. §. 7. eod.

— dominus soli — adversus superficiarium potior erit interdicto U. P., sed praetor superficiarium secundum legem locationis tuebitur.

L. 3. §. 5. eod.

Si projectio supra vicini solum non jure habere dicatur, interdictum U. P. — utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.

2) Wenn der Beklagte weder Besitz der Sache, noch Besitz eines Rechtes daran behauptet, so hat er, abgesehen von der exceptio vitii, wovon unten, keine andere Vertheidigung mehr, als entweder den Besitz des Klägers oder die Störung zu läugnen, oder Verjährung zu behaupten. In diesem Falle ist offenbar der That nach gar keine Duplicität mehr vorhanden, sondern wie bei allen andern Klagen lediglich einfacher Angriff und einfache Vertheidigung. Die Duplicität kann hier, wenn man sie überhaupt auch hier annahm, nur fictionsweise festgehalten sein, indem man die Sache so behandelte, als behaupte der Beklagte zwar Besitz, könne ihn aber nicht beweisen. So lange die Pönalstipulationen dauerten, wäre diese Fiction natürlich von großer Bedeutung gewesen; nach deren Aufhebung mußte sie aber jedenfalls wegfallen, und damit denn auch für solche Fälle die Duplicität des Interdicts ganz aufhören. Daß man den alten Satz, das Interdict sei duplex, dennoch im allgemeinen als Regel fortwährend beibehielt, ist wohl nichts Auffallendes.

III. Die dritte Hauptfrage bei dem Interdicte ist die über die Bedeutung der Einrede der Besitzfehler. Diese hat natürlich

zunächst die gewöhnliche Wirkung der Einreden, nämlich Abweisung des Klägers, und zwar hat sie diese bei der Duplicität des Interdicts gleichmäßig für beide Parteien. Die Frage ist aber, ob ihre Wirkung nicht noch weiter auch dahin gehe, daß der fehlerhafte Besitzer geradezu zur Herausgabe des Besitzes an den Gegner verurtheilt werde, ob sie also dem Interdicte insofern nicht geradezu auch einen recuperatorischen Charakter beilege, wobei denn die weitere Frage ist, ob dieses bei beiden Parteien eintrete, oder bloß bei der, die zuerst Klage erhoben hat.

Man nimmt in der Regel an, die Bejahung dieser Frage folge schon von selbst aus der Duplicität des Interdicts, ja man hat selbst behauptet, daß ohne dieselbe „die ganze Duplicität des Interdicts ein leeres Nichts sein würde." Dieses letztere ist nun aber jedenfalls unrichtig. Denn die Duplicität hat in dem oben Ausgeführten ihre genügende rechtliche Bedeutung, namentlich darin, daß der Kläger, wenn nicht er, sondern der Beklagte seinen Besitz beweist, dem Beklagten verurtheilt wird. Daß dieses auch dann eintreten müsse, wenn der Kläger zwar Besitz, aber nur fehlerhaften beweist, wäre also nur eine Verstärkung der Wirkung nicht die einzige. Daß aber auch überhaupt eine Verurtheilung wegen Besitzfehler bei den gewöhnlichen Grundsätzen über Besitz und Einreden aus der Duplicität des Interdicts keineswegs von selbst folge, zeigt sich namentlich, wenn man sich in das frühere Verfahren hinein denkt. Das Verbot des Prätors ging dahin, ne sine vitio possidenti vis fiat. Die darauf von den Parteien geschlossenen gegenseitigen Sponsionen lauteten aber: si adversus edictum praetoris mihi sine vitio abs te possidenti vim fecisti, tot dare spondes? und die Restipulationen: si vim tibi non feci dare spondes? Nimmt man nun an: A beweist Besitz, B beweist aber, daß A seinen Besitz cum vitio von ihm erworben habe,

so kann bei den gewöhnlichen Besitzgrundsätzen keiner von beiden aus der Sponsion klagen, A nicht, weil er nur fehlerhaften Besitz hat, und gegen diesen die Gewalt nicht verboten war, B nicht, weil er gar keinen Besitz hat, also keine Gewalt gegen ihn möglich war. Aus der Restipulation können dagegen beide klagen, weil beide keine durch das Edict verbotene Gewalt gethan haben. Ihre Klagen heben sich aber natürlich gegenseitig auf. Somit wäre der Erfolg, daß A zwar den Besitz behielte, B aber wegen seiner Störung nicht verurtheilt würde. Ein Grund, daß A dem B zur Herausgabe des Besitzes, und zur Zahlung der Stipulationsstrafen verurtheilt würde, ist durchaus nicht vorhanden. Das Gleiche ergiebt sich auf dem Standpunkte des neuern Rechtes bei der bloß elidirenden Wirkung der Einreden.

Aus der Duplicität des Interdicts folgt also die Verurtheilung des fehlerhaften Besitzers zur Restitution des Besitzes noch keinesweges. Dennoch muß man sie unzweifelhaft annehmen, da zwei Stellen, eine bei Cajus, und eine in den Pandekten, keine andere Erklärung zulassen [1]). Am schlagendsten ist die Pandektenstelle, die l. 3. pr. uti possid.:

Si duo possideant in solidum — ego ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto —

Dieses superior kann nichts anderes bedeuten, als das sonst gebrauchte potior, und kann daher nicht bloße Abweisung, sondern nur Verurtheilung des Gegners bezeichnen. Die Stelle von Cajus ist die schon oben berührte über den Inhalt der Untersuchung und des Urtheils des Juder, nämlich §. 166—168:

— judex requirit — uter nec vi, n. cl. n. pr. possideret; cum id exploraverit, et forte secundum me judicatum sit,

1) Die sonst noch angeführten Stellen beweisen nichts. Sie sagen nur, der fehlerhafte Besitzer könne nicht siegen, was aber sehr wohl nur auf Abweisung bezogen werden kann.

adversarium sponsionis summam condemnat, et — si is fructus licitatione vicit, Cascelliano judicio condemnatur. Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat, ad se pertinere possessionem, sponsionis summam solvere, et possessionem restituere jubetur; ille qui fr. licit. victus est, si non probarit, ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis summam debet.

Bei dem ad se pertinere possessionem kann hier offenbar nicht Besitz schlechthin, sondern nur fehlerfreier Besitz zu Grunde gelegt werden, da das „si non probat“ dem „requirit, exploraverit, judicatum sit“ des ersten Satzes correspondirt. Es ist daher hier ausgesprochen, daß jeder, der nicht fehlerfreien Besitz beweisen kann, also nicht nur der, der gar keinen, sondern auch der, der nur fehlerhaften Besitz beweist, die Stipulationsstrafen zahlen muß und den Besitz verliert.

Beide Stellen geben nun aber neben dem Rechtssatze selbst zugleich auch den Standpunkt seiner Begründung und Erklärung. Nach den Besitzgrundsätzen des neuern Rechts scheint diese nicht anders möglich zu sein, als so, daß man mit dem interdictum retinendae possessionis zugleich excipiendo oder reconveniendo ein interd. recuperandae possessionis in Verbindung gebracht habe, und dieses daher den eigentlichen Grund der Verurtheilung abgebe. Allein offenbar gehen beide Stellen von diesem Standpunkte nicht aus, sondern vielmehr von dem Principe, daß der fehlerhaft verlorne Besitz dem Gegner gegenüber gar nicht als verloren, sondern noch als fortdauernd angesehen werde. In der l. 3. ist dieses geradezu gesagt, wenn es heißt:

Si duo possideant in solidum — ego possideo ex justa causa, tu vi —

bei Cajus folgt es von selbst daraus, daß der fehlerhafte Besitzer nicht nur den Besitz hergeben, sondern zugleich die

Strafen zahlen soll, die für den Fall der Besitzstörung stipulirt waren.

Zweifelhafter ist die Frage, wie man zu diesem auffallenden Satze gekommen sei. Die l. 3 bringt denselben zwar sehr deutlich mit der Theorie der ältern Juristen über den solidarischen Mitbesitz des justus und injustus possessor in Verbindung. Allein ein Beweis, daß er daraus hervorgegangen sei, liegt darin nicht, und es wäre doch auch sehr auffallend, wenn jene von Anfang an bestrittene, und später vollständig aufgegebene Theorie eine so bedeutende praktische Wirksamkeit erlangt hätte. Wahrscheinlicher ist daher wohl, daß der Satz daraus hervorging, daß aus rein praktischen Zweckmäßigkeitsrücksichten, die hier sehr nahe liegen, entweder schon der Prätor selbst beim interd. U. P. die Worte uti possidetis so meinte: „wer von Euch besitzt, oder ohne fehlerhaften Verlust besitzen würde," oder man ihnen später diesen Sinn unterlegte [1]).

Mag dieses übrigens sein wie es will, so steht der Satz selbst, daß beim interd. U. P. der fehlerhaft verlorene Besitz wie fortdauernd behandelt wird, jedenfalls fest. Eine unabweisbare Consequenz davon ist nun aber, daß unter diesem Gesichtspunkte beide Parteien, ohne Rücksicht wer zuerst Klage erhoben hat und also scheinbar Kläger ist, die Restitution des Besitzes verlangen können, also das Interdict auf diese Weise geradezu zur Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes benutzt werden kann. Denn sobald man von jenem Satze ausgeht, kehrt sich das natürliche Verhältniß der Parteien in der rechtlichen Auffassung und Behandlung geradezu um. Der Besitzer

1) Ob etwa auch die Aeußerung von Ulpian in l. 17. pr. de poss. „Si quis vi de possessione dejectus est, perinde haberi debet, ac si possideret, quum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat." hierher zu beziehen sei, läßt sich nicht entscheiden.

erscheint als Nichtbesitzer, seine Besitzhandlungen daher nur als Störungen des Besitzes des Gegners, der Nichtbesitzer dagegen erscheint als Besitzer, seine Störungen des Besitzes des Gegners daher nur als Ausübungen eigenen Besitzes, die Restitution des Besitzes vom Besitzer an den Nichtbesitzer daher nur als ein Ablassen des erstern von Störungen des letztern. Somit geht das Interdict durch die Verurtheilung des Besitzers zur Restitution, der formell juridischen Behandlung nach, gar nicht über den Standpunkt eines interd. retinendae possessionis hinaus. Dabei aber irgend einen Unterschied zwischen Kläger und Beklagten zu machen, entbehrt bei der Duplicität des Interdicts durchaus allen und jeden Grundes. Wie der Beklagte sagen kann, er sei zwar factisch eigentlich nicht mehr Besitzer, allein da er den Besitz nur durch Gewalt seines Gegners verloren habe, so sehe er sich diesem gegenüber noch als Besitzer an, und verlange daher Schutz seines Besitzes, d. h. Restitution des factischen Besitzes; gerade ebenso muß auch der Kläger das Recht hierzu haben. Allerdings ist es auffallend, daß man danach geradezu mit einem interdictum retinendae possessionis auf Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes klagen kann. Allein das Auffallende liegt nur in der Annahme der rechtlichen Fiction, daß der fehlerhaft verlorene Besitz noch als fortdauernd gelten soll. Nimmt man diese einmal an, so ist jener Satz nur eine Consequenz, durch die der retentorische Charakter des Interdicts durchaus nicht verletzt wird. Eben deshalb stehen denn aber auch der Zulassung dieser Consequenz die Stellen, wonach das Interdict Besitz zur Zeit der Klageanstellung voraussetzt, nicht im geringsten im Wege, und eben so wenig hat es irgend etwas Auffallendes, daß neben demselben noch andere Interdicte stehen, die unmittelbar vom Standpunkte des Besitzesverlustes aus die Restitution des Besitzes zum Zwecke haben.

§. 7.

Unde vi.

Bei den Interdicten auf Wiedererlangung des Besitzes ist nur auf das interd. unde vi näher einzugehen, da das interd. de precario, seitdem der Precarist als eigentlicher Besitzer angesehen wird, eigentlich gar nicht mehr aus dem Besitze und dessen Verletzung, sondern aus dem Vertrage des precarium und dessen Verletzung entspringt. Beim interd. U. V. ist der allgemeine rechtliche Charakter außer Zweifel. Es ist eine einfache persönliche Klage aus dem Delicte der gewaltsamen Entziehung des Besitzes auf Rückgabe und Schadensersatz. Die einzelnen Bestandtheile dieses Klagerechts sind dagegen näher auszuführen.

Als Kläger kann mit dem Interdicte im eigenen Namen nur der auftreten, der eigentlichen juristischen Besitz gehabt hat. Im Namen und Interesse des Besitzers können aber, abgesehen von besonderem Auftrage, nach l. 1. C. si per vim vermöge eines mandatum praesumtum alle die klagen, die in seiner Abwesenheit die Sache für ihn detinirt haben und dejicirt sind.

Diese Beschränkung des Interdicts auf den eigentlichen Besitz ist in den Quellen so bestimmt ausgesprochen, daß es kaum begreiflich ist, wie bis in die neuste Zeit die Zulässigkeit desselben für die bloßen Detentoren hat Vertheidiger finden können. Da es indessen doch geschehen ist, so müssen hier die Beweise für die Beschränkung auf den eigentlichen Besitz noch einmal genau zusammengestellt werden.

Im ältern Rechte gab es zwei interdicta de vi, eines für einfache vis, und eines für vis armata. Beide unterschieden sich in der Fassung der Interdictsformel, abgesehen von anderem, dadurch daß bei dem einen das Erforderniß des Besitzes

in der Formel ausdrücklich erwähnt war, bei dem andern nicht. Bei der einfachen Gewalt war die Formel:

Unde tu illum vi dejecisti, cum possideret, quod nec vi n. cl. n. pr. abs te possideret, eo restituas.

bei der Gewalt mit Waffen:

Unde tu illum vi hominibus armatis dejecisti, eo restituas [1].

Ob dabei die Absicht zu Grunde lag, den Besitz wirklich nur bei der einfachen Gewalt zu fordern, oder ob man das Erforderniß bei der zweiten Formel als sich von selbst verstehend ansah, ist eine Frage, die sich mit Gewißheit kaum wird entscheiden lassen, von der jedoch, da sie auf das Justinianische Recht ohne Einfluß ist, hier abgesehen werden kann.

Im Justinianischen Rechte sind beide Interdicte vollständig mit einander vereinigt. Die Formel des Interdicts, die dabei in den Pandekten an die Spitze gestellt ist, schließt sich insofern an die des interd. de vi armata an, als darin des Besitzes keine Erwähnung geschieht. Indessen ist das Erforderniß des Besitzes hier durch anderweitige Aeußerungen außer Zweifel.

Daß die Compilatoren durch die Aufstellung jener Formel das Erforderniß des Besitzes keineswegs aufheben wollten, zeigt sich namentlich gleich sehr deutlich darin, daß sie den Commentar, den Ulpian zu dem Interdicte über einfache Gewalt geschrieben hatte, in welchem daher das Erforderniß des Besitzes mehrfach hervorgehoben war, gerade zur Grundlage des neuen vereinigten Interdicts machten, und aus dem Commentare über das Interdict de vi armata nur in l. 3. §. 2—12 einen kurzen Anhang hinzufügten. In jenem ersteren Commentare, der in den Pandekten die lange l. 1. de vi bildet, wird nun das Erforderniß des Besitzes zuerst gleich im Anfange ausgesprochen in den Worten:

1) Cicero pro Tullio c. 44. 45. pro Caecina c. 19. 30. 31. Lex Thoria c. 7.

Hoc interdictum — ad recuperandam possessionem proponitur.

bestimmter wird es dann hervorgehoben in §. 3:

Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur.

und nochmals mit besonderer Beziehung auf die Zeit der Dejection wiederholt in §. 23:

Interdictum hoc nulli competit nisi ei, qui tunc, cum dejiceretur, possidebat, nec alius dejici visus est, quam qui possidet.

Daß unter diesem possidere eigentlicher Besitz mit Ausschluß der Detention zu verstehen sei, versteht sich dem allgemeinen Sprachgebrauche nach von selbst, wird aber von Ulpian selbst noch bestätigt in §. 22, wo er sagt:

Quod servus, vel procurator, vel colonus *tenent*, dominus videtur *possidere*, *et ideo* his dejectis *ipse* dejici de possessione videtur. Et si quis igitur alius, per quem possidebam, dejectus fuerit, *mihi* competere interdictum, nemini dubium erit.

Ausdrücklich wird hier für den Fall der Dejection des Detentors dem Besitzer das Interdict gegeben. Die Annahme, daß der Detentor es daneben gleichfalls habe, ist schon an sich kaum denkbar, und wird dadurch ganz bestimmt ausgeschlossen, daß ja die ganze Fassung der Stelle gerade dahin geht, es dem Besitzer im Gegensatz zum Detentor zuzusprechen. Eine nochmalige Bestätigung giebt Ulpian bei seinem Commentare zum interdictum U. P. durch die Art, wie er dieses mit dem U. V. zusammenstellt:

Est interdictum U. P. retinendae possessionis — et consequenter proponitur post interdictum U. V. Illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc tuetur, ne amittatur [1]).

1) L. 1. §. 4. uti possid.

Daß aber auch die Compilatoren Ulpian's Aussprüche nur in diesem Sinne nahmen, zeigt sich darin, daß sie in den Pandektentitel de vi noch zwei Stellen von Paulus und Labeo aufnahmen, die Ulpian's Aussprüche eigentlich geradezu wiederholen, nämlich die l. 8 und l. 20:

Fulcinius dicebat, vi possideri, quotiens vel non dominus, *quum tamen possideret*, vi dejectus est.

Si colonus tuus vi dejectus est, (tu) ages U. V. interdicto; idem si inquilinus tuus vi dejectus est.

Wenn man nach allen diesen Aeußerungen die Stelle aus Ulpian's Commentar liest, von der hauptsächlich die Bestreitung des Erfordernisses des Besitzes ausgegangen ist, nämlich den §. 9 und 10 der l. 1, so kann offenbar kaum der Gedanke eines Zweifels mehr dadurch hervorgerufen werden.

Dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique si maritus uxori donaverit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti, non tamen si colonus.

Naturalis possessio kann hier den obigen Stellen zufolge unmöglich Detention bedeuten, sondern nur die Fälle des juristischen Besitzes, die nicht zum Civilbesitze gehören, und bei colonus kann nur supplirt werden: dejectus sit, poterit colonus interdicto uti. Dies wird auch durch die Basiliken bestätigt, die den §. 10 so übersetzen [1]):

Ὅθεν κἂν γυναικὶ δωρήσηται ἀνὴρ, καὶ ἐκβληθῇ, κινήσει τὸ νόμιμον παράγγελμα, οὐ μέντοι μισθωτός.

wozu die Scholien die Erklärung hinzufügen:

Οὐ γὰρ ἑαυτῷ ἀλλ᾽ ἑτέρῳ νέμεται, καὶ διὰ τοῦτο ἐκβαλλόμενος οὐ κινεῖ.

1) Basil. 60. 17. c. 7. §. 7. 8.

Deshalb ist es denn auch kaum nöthig, noch den Grund geltend zu machen, daß wenn man wegen dieser Stelle das Interdict auf allen Naturalbesitz, also alle Detention ausdehnen wollte, man es ja nicht bloß dem Miether, Commodatar und ähnlichen, an die man gewöhnlich denkt, geben müßte, sondern auch dem reinen Procurator, den Dienstboten und andern, die die Sache ohne alles eigene Interesse haben, ja selbst weiter noch den Sclaven, denen die ohne allen Willen detiniren u. s. w., was zum baarsten Unsinn hinführt. Wollte man aber bloß einige Fälle von Detention ausnehmen, so fehlte es an allem und jedem Anhalte, um die Gränze zu bestimmen.

Viel eher als dieser §. 9 könnte eigentlich die l. 3. §. 13—17. de vi Zweifel erregen, worin das Interdict dem Usufructuar gegeben wird. Indessen hat es mit dieser Anwendung des Interdicts eine ganz eigene Bewandtniß, die jedoch erst bei der Lehre von der quasi possessio entwickelt werden kann. Die andern Stellen dagegen, auf die man sich noch für die Anwendung des Interdicts auf die Detention berufen hat, z. B. l. 12. l. 18. l. 1. §. 33. de vi können nur bei einer so schülermäßigen Interpretation dafür benutzt werden, daß es nicht nöthig ist, darauf einzugehen.

Beklagter kann bei dem Interdicte vollständig nur der sein, der die Dejection entweder selbst vorgenommen, oder durch Auftrag oder Genehmigung daran Theil genommen hat [1]); der dritte Besitzer, mag er die Sache mit oder ohne Kenntniß von der Dejection bekommen haben, haftet nicht [1]). Wer indessen durch eine Dejection, die in seinem Namen ohne seinen Willen vorgenommen ist, unmittelbar etwas in seinen Besitz bekommen

1) L. 1. §. 11—14. de vi.
2) L. 7. de vi. l. 3. §. 10. uti possid.

hat, haftet wenigstens in so weit [1]). Eben so weit haften auch die Erben [2]). Uebrigens haftet der Dejicient unbedingt als solcher, nicht bloß als Besitzer der entrissenen Sache, daher auch dann noch, wenn er den Besitz, selbst ohne dolus, wieder verloren hat [3]), ja selbst dann, wenn er den Besitz nie bekommen hat [4]). Die Beschränkung, daß Kinder gegen ihre Aeltern das Interdict, außer bei Dejection durch Waffengewalt, nicht anstellen können, sondern statt dessen nur eine actio in factum, hat im neuern Rechte keine praktische Bedeutung mehr [5]).

Gegenstand des Interdicts sind principal von altersher nur unbewegliche Sachen [6]), was auch durch Valentinian's Gesetz über die Selbsthülfe nicht anders geworden ist, wie unten zu zeigen ist. Kann die Sache in Natur gar nicht, oder nicht unversehrt zurückgegeben werden, so muß das Interesse des Besitzes bezahlt werden, was auch hier vom Werthe der Sache selbst wohl zu unterscheiden ist [7]). Accessorisch kann mit dem Interdicte aber noch das gesammte sonstige Interesse der Dejection (quanti interest dejectum non esse) gefordert werden [8]), also namentlich Ersatz für Beschädigungen der Hauptsache oder anderer Sachen des Dejicirten, ferner Früchte [9]), und alle beweglichen Sachen, die der Dejicirte auf dem Grundstücke im Besitz hatte, oder für andere Detinirte, und die ihm genommen sind [10]).

1) L. 1. §. 15. l. 4. de vi.
2) L. 1. i. f. — l. 3. pr. h. t.
3) L. 1. §. 42. l. 15. 16. h. t.
4) L. 1. §. 13. h. t. L. 4. §. 22. de usurpation.
5) L. 1. §. 43. h. t.
6) L. 1. §. 3—8. h. t. §. 6. J. de interd.
7) L. 1. §. 35. l. 6. h. t.
8) L. 1. §. 31. 41. h. t.
9) L. 1. §. 40. h. t.
10) L. 1. §. 32—38. h. t.

Klagegrund für die Klage ist im allgemeinen gewaltsame Dejection. Indessen ist dieser Begriff auf folgende Weise näher zu bestimmen.

Die allgemeine Grundlage desselben ist: Entziehung des Besitzes durch Gewalt. Darin liegt also zunächst das Erforderniß der Entziehung des Besitzes, daß also der Dejicirte bis zu der Dejectionshandlung den Besitz hatte, ihn dann aber durch dieselbe verlor. Wer daher einen Besitz schon vor der betreffenden Handlung des Beklagten verlor, oder ihn trotz derselben behielt, kann nicht wegen Dejection klagen. Im allgemeinen ist dieses anerkannt[1]), nur hat Justinian in l. 11. C. h. t. davon insofern eine Ausnahme gemacht, als der Occupant einer vacua possessio absentis wie ein Dejicient behandelt werden soll, so daß das interd. U. V. gegen ihn angestellt werden kann. Auf welche Weise übrigens die Entziehung des Besitzes bewirkt wird, ob dadurch, daß man den Besitzer oder seinen Stellvertreter von der Sache wegtreibt, oder die Sache in seiner Abwesenheit in Besitz nimmt und ihn dann an der Rückkehr verhindert, oder ihn auf der Sache selbst gefangen hält, ist gleichgültig[2]). Dem zweiten Falle gleich steht es natürlich, wenn ein Stellvertreter sich den Besitz der detinirten Sache anmaßt, daher dem Besitzer ihre Herausgabe verweigert, und ihn an der Wiederergreifung des Besitzes hindert[3]).

Schwieriger ist die Bestimmung des Begriffs der Gewalt, durch die die Entziehung des Besitzes geschehen muß. Die nächste Bestimmung ist hier, daß die Gewalt, da sie ein vi dejicere, nicht wie bei der actio quod metus causa ein vi

1) L. 1. §. 23. 45. h. t.
2) L. 1. §. 24—26. §. 47. l. 3. §. 8. h. t.
3) L. 12. 18. h. t. Die Zweifel, die in neuerer Zeit hiergegen erhoben sind, sind unerheblich.

gerere sein soll, eine unmittelbare absolute, d. h. nicht durch Vermittlung des eigenen Willens des Besitzers wirkende, sein muß. Eine erzwungene Tradition ist daher keine Dejection, und begründet, wie in l. 5 ausdrücklich gesagt ist, das Interdict nicht. Indessen ist dieses doch nicht so zu verstehen, als ob das Interdict nun vollständig nur bei einem wirklichen eigentlichen Hinauswerfen des Besitzers durch wirkliches körperliches Handanlegen begründet wäre. Allerdings scheinen manche ältere Römische Juristen die Sache so genommen zu haben. Wenigstens heißt es von Pomponius in l. 1. §. 29:

Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere.

und von Labeo in l. 9. pr. q. m. c.

— si fundum meum dereliquero, audito, quod quis cum armis veniret, — Labeonem existimare, — U. V. interdictum cessare, quoniam non videor vi dejectus, qui dejici non exspectavi, sed profugi, —

Indessen fügte schon Labeo dabei die Beschränkung hinzu:

— aliter atque si, posteaquam ingressi sunt, tunc discessi [1].

und später wurde die freiere Ansicht, die schon Julian hat [2], daß nämlich der Besitzer die wirkliche Dejection überhaupt gar nicht zu erwarten braucht, sondern, wenn er sie wirklich nahe bevorstehend sieht, gleich im voraus entfliehen kann und dann doch als dejicirt gilt, ganz allgemein angenommen [3]. Indessen ging man über den Fall, daß die wirk-

1) Dieses ist daher auch bei l. 1. §. 29. h. vorauszusetzen, wo es heißt: „Labeo ait, eum qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum.“

2) L. 33. §. 2. de usurpat. Die Stelle von Cicero pro Caec. c. 16. „— usitatum, cum ad vim faciundam veniretur, si quos armatos, quamvis procul, conspexissent — optime sponsionem facere possent: *ni adversus edictum praetoris vis facta esset;*“ bezieht sich, wie oben bemerkt ist, zunächst nur auf das interd. U. P.

3) L. 1. §. 29. l. 3. §. 7. h. Paulus, rec. sent. V. 6. §. 4.

liche Dejection unmittelbar bevorstehend ist, man den Dejicienten bereits kommen sieht, nicht hinaus. Wenigstens finden wir keine Spur, daß auch entferntere Furcht bei bloßen Drohungen der Dejection genüge, und jedenfalls machte man die natürliche Beschränkung, daß die Dejection in allen Fällen doch immer nur dann angenommen werden könnte, wenn der Gegner, von dem man die Dejection fürchtet, hinterher wirklich den Besitz occupirt, oder sich sonst zeigt, daß die Furcht eine wirklich gegründete war [1]).

Dieses Princip, daß das Aufgeben des Besitzes aus gegründeter Furcht vor Dejection der wirklichen Dejection gleichstehe, muß natürlich ebenso auch bei der heimlichen Besitznahme zur Anwendung kommen, so daß der Besitzer auch hier nicht nöthig hat, einen Versuch der Vertreibung des eingeschlichenen Dejicienten zu machen, sobald er Grund hat, gewaltsamen Widerstand zu fürchten [2]).

Uebrigens darf aber der Furcht vor Dejection, die der wirklichen Dejection gleichstehen soll, nicht die Furcht vor andern Uebeln gleichgestellt werden. Wenn daher der Gegner dem Besitzer nicht mit wirklicher Dejection, sondern mit Zufügung anderer Uebel droht, falls er den Besitz nicht hergebe,

1) LL. citt. Julian in der obigen Stelle scheint dieses freilich nicht zu verlangen. Er sagt: Si dominus fundi homines armatos venientes extimuerit, et ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi dejectus videtur. Indessen sind die Worte quamvis — fuerit vielleicht nur auf die Ansicht von Labeo zu beziehen, und so zu verstehen: „obgleich noch keiner von ihnen eingedrungen ist." Denn wenn man sie übersetzt: „wenn auch keiner nachher den Besitz ergreifen sollte", so wäre es ja auch eine Dejection, wenn der Besitzer aus irrthümlicher Furcht vor Leuten, die weder von ihm noch von seinem Grundstücke irgend etwas wollen, entflieht. Jedenfalls müßte man bei den Leuten den an. dejiciendi voraussetzen, und die Stelle aus l. 4. §. 22. de usurpation. erklären.

2) Ausdrücklich ausgesprochen ist es freilich nicht; denn die Stellen, die man darauf bezieht: L. 3. §. 8. l. 7. l. 25. §. 2. de poss. sprechen eigentlich nur vom Besitzesverluste, nicht von der Zuständigkeit des Interdicts.

und dieser nun den Besitz zwar nicht eigentlich tradirt, sondern nur einfach aus Furcht verläßt, so ist dieses keine Dejection, sondern Zwang, der nicht das interd. U. V., sondern nur die actio metus begründet.

Eine weitere eigenthümliche Bestimmung für den Begriff der Gewalt bei der Dejection ist die in l. 1. §. 3. ausgesprochene:

Non ad omnem vim, sed — ad *solam atrocem* vim pertinet hoc interdictum.

womit es in Verbindung zu stehen scheint, daß die Ausschließung des Interdicts bei Kindern und Freigelassenen gegen ihre Aeltern und Patrone in l. 1. §. 43 darauf gestützt wird, daß das Interdict

— atrocitatem facinoris in se habet —

im Gegensatz zum interd. quod vi aut. clam., von dem es in l. 11. §. 7. q. v. a. cl. heißt:

— non habet atrocitatem facinoris.

Was unter dieser vis atrox im Gegensatz zu der einfachen zu verstehen sei, ist im Titel über das Interdict nicht gesagt. Indessen kann man wohl kein Bedenken haben, den Mangel aus dem Titel quod metus causa zu ergänzen; denn auch bei dem Edicte über metus, in welchem ja früher neben der metus auch die vis genannt war, heißt es in l. 3. pr. §. 1:

Continet et vim et metum hoc edictum, — sed vim accipimus atrocem —

und es soll eben darin der Grund der spätern Auslassung der vis gelegen haben, weil, wie es in l. 1 heißt:

quodcunque *vi atroci* fit, id metu quoque fieri videtur.

Bei dem Edicte über metus verstand man nun unter der vis atrox der allgemeinen Bedeutung von atrox gemäß nichts anderes, als eine bedeutendere, stärkere Gewalt, eine solche, der nach l. 6. q. m. c. nicht bloß ein vanus homo, sondern auch ein constantissimus homo nicht widerstehen kann. Wenn vis

im allgemeinen als necessitas imposita contraria voluntati, oder als rei majoris impetus, qui repelli non potest, bezeichnet wird, so deutet der Zusatz atrox an, daß diese Nothwendigkeit, oder diese unwiderstehliche Macht nicht so gar leicht angenommen werden dürfe, daß die Gewalt namentlich, wie es in l. 9. C. eod. tit. heißt:

non jactationibus et contestationibus, sed *atrocitate facti*

zu ermessen sei, und daß daher, wie Ulpian in l. 7. pr. eod. sagt:

si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, neque vi neque metus causa factum est.

Diese Bestimmungen müssen also auch beim interd. U. V. gelten.

Schließlich mag noch die früher häufig besprochene Frage berührt werden, ob Staatsbehörden, namentlich richterliche, wenn sie in Fällen, wo sie nicht dazu berechtigt sind, Jemand executionsweise geradezu aus dem Besitze vertreiben, oder ihm mit oder ohne Androhung der Execution die Verlassung des Besitzes befehlen, dadurch eine Dejection begehen, und das interd. U. V. gegen sich und die, denen sie den Besitz geben, begründen. Eine unmittelbare Entscheidung der Frage enthalten die Quellen nicht, wohl aber eine ziemlich nahe liegende Analogie, indem es bei der actio metus in l. 3. §. 1. q. m. c. heißt:

Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam, quam magistratus recte intulit, scil. jure licito. Caeterum si per injuriam quid fecit populi Romani magistratus, vel provinciae praeses, Pomponius scribit, hoc edictum locum habere, si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.

Hier ist das Princip anerkannt, daß die gewöhnlichen Privatklagen auch bei widerrechtlichen Gewaltthätigkeiten der Behörden zulässig sind. Die Anwendung desselben auf das interd. U. V.

kann kaum einem Zweifel unterliegen. Natürlich müssen aber dessen allgemeine Erforderniſſe da sein. Deshalb ist es bei wirklicher Execution allerdings für zulässig zu erklären, nicht aber, wenn man sich einem bloßen Befehle fügt, weil hier, selbst wenn mit der Execution gedroht ist, die Gewalt doch nicht so gegenwärtig ist, wie es beim interd. U. V. dem obigen zufolge nothwendig ist.

Besondere Einreden gegen das Interdict hat das neuere Recht nicht mehr. Die früher bei dem Interdicte wegen einfacher Gewalt zulässige Einrede aus den Besitzfehlern ist im Justinianischen Rechte ausgeschlossen[1]). Indessen bezieht sich dieses nur auf die gewaltsame Wiederverschaffung eines vollständig verlorenen Besitzes, nicht aber auf den Grundsatz, daß, wenn bei dem Versuche einer Dejection der anfangs vertriebene Besitzer noch vor Beendigung des Kampfes den Dejicienten sogleich wieder vertreibt, dieses nur als eine einfache Behauptung seines Besitzes, nicht als eine neue Dejection anzusehen ist[2]). Dasselbe gilt, wenn der Besitzer einen heimlich in den Besitz Eingeschlichenen mit Gewalt wieder hinaustreibt[3]), und diesem Falle steht es gleich, wenn der Besitzer seinen Stellvertreter des

1) §. 6. J. de interdictis. Der Grund davon liegt wohl einfach in den allgemeinen Verboten der Selbsthülfe beim Besitze, die die spätern Kaiser erließen, namentlich der L. 7. C. h. t. Ließe man danach die Einrede noch zu, so würde man damit die Selbsthülfe in den Fällen der Einrede erlauben, und das Verbot auf die Fälle einer Selbsthülfe gegen fehlerfreien Besitz beschränken, was offenbar gegen die allgemeine Absicht und Fassung jener Gesetze wäre. Man würde sagen müssen wie noch Paulus (Sent. rec. V. 6. §. 7.): Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario impune dejicitur. Dieses verträgt sich aber mit der allgemeinen Fassung jener Gesetze durchaus nicht.

2) L. 3. §. 9. L. 17. h. t. In den Basiliken (50. 17. c. 9. §. 6.) steht bei der erstern Stelle hinter dem „in continenti“ noch der auffallende Zusatz: οὐ μέντοι μετὰ διωξίαν, den die Scholien bestätigen.

3) L. 6. §. 1. l. 7. l. 18. §. 3. 4. l. 25. §. 2. de possessione.

Besitzes, der diesen für sich behalten will und daher die Herausgabe verweigert, mit Gewalt daraus vertreibt. Auch dieses ist erlaubt.

Von den allgemeinen Einreden ist hier nur die Verjährung zu berühren. An sich ist diese auf ein Jahr beschränkt, in Betreff der Bereicherung dauert sie jedoch dreißig Jahre [1]), und ebenso in den Fällen der l. 11. C. h. und l. 1. C. si per vim.

Zum Schlusse der Darstellung des interd. U. V. ist noch die Frage zu berühren, ob durch das Gesetz Valentinian's über die Selbsthülfe, welches als l. 7 im Codextitel unde vi steht, das Interdict auf die Mobilien ausgedehnt, oder wenigstens eine neue ähnliche Klage dafür eingeführt sei. Wir finden im Theodosischen Codex und seinen Novellen fünf Gesetze über die Bestrafung der Selbsthülfe in Besitzverhältnissen. Zuerst setzte Constantin öffentliche Strafe darauf, dann führte Valentinian II. die Privatstrafe des Verlustes des betreffenden Klagerechts oder der Zahlung der Aestimation der Sache ein, beide aber erst nach einander in zwei Gesetzen [2]). Valentinian III. erneuerte diese Bestimmung, vereinigte dabei zwar anfangs beide Strafen, hob aber dieses bald selbst wieder auf. Alle fünf Gesetze beziehen sich aber nur auf unbewegliche Sachen, wie nicht nur die Ausdrücke expellere, invadere zeigen, sondern namentlich das erste Gesetz von Valentinian III., welches sich als Erneue-

1) L. l. pr. §. 39. L. 3. §. 1. D. l. 2. C. h.

2) Das zweite derselben, das hier allein von Wichtigkeit ist, lautet: Plerosque detectum est, rem privatam nostram, quam publicatio celebrata quaesiverat, invasisse, quam — sociari jubemus aerario, punientes — qui nollent exspectare judicium —. Cadat igitur lite — et, quod recipere lege potuisset, amittat violentus. Illi vero, quos in tantum furorem provehit audacia, ut, quod jurgaturi sperare non possent, — illicita praesumtione temerarent, aestimationem rei — cogantur exsolvere. Quod etiam in privatis observandum negotiis — sancimus.

rung der frühern ankündigt, und ausdrücklich nur auf praedia geht. Die beiden Gesetze von Valentinian II. wurden daher auch im Theodosischen Codex in den Titel unde vi als l. 2 und 3 gestellt, das von Constantin kam seiner öffentlichen Strafe wegen in den Titel ad leg. Jul. de vi als l. 3, die von Valentinian III. bilden in den Novellen einen eigenen Titel de invasoribus. Im Justinianischen Codex sind nun die beiden Gesetze von Valentinian III. weggelassen, die andern drei aber aufgenommen, und zwar in denselben Titeln, in denen sie bisher waren, gelassen, jedoch sehr bedeutend interpolirt. Das zweite Gesetz Valentinians II. namentlich, eben die l. 7. C. unde vi, wurde den Worten nach so vollständig umgeändert, daß kaum einzelne Worte des Urtextes geblieben sind [1]). Der Sinn des Gesetzes hat dabei jedoch keine weitere Veränderung erlitten, als daß das Gesetz verallgemeinert ist, so daß es auch Mobilien umfaßt [2]). Außerdem wird das Gesetz auch in den Institutionen besonders erwähnt und zwar zweimal, erst bei dem Raube der Mobilien, und dann bei der Dejection von Immobilien.

Wenn man sich die Entstehung der l. 7 so im Zusammenhange klar macht, so kann wohl kaum die Rede davon sein, daß man darin irgend eine Aenderung für den Besitz als solchen finde. Sowohl zu der Zeit, als das Gesetz erlassen

1) Si quis in tantam furoris provenerit audaciam, ut possessionem rerum — ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit; dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium amittat. Si alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem restituere compellatur.

2) Justinian sah dieses übrigens schon als ursprüngliche Absicht der Gesetze an, da er in §. 1. J. de vi bon. rapt. sagt: — divalibus constitutionibus prospectum est, ut nemini liceat rapere rem mobilem. — quod non solum in mobilibus rebus constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quae circa res soli fiunt.

wurde, als zur Zeit seiner Aufnahme in den Theodosischen Coder, bestand das interd. Utrubi noch in seiner alten Gestalt. Selbst wenn also auch das Gesetz schon bei seiner Erlassung auf Mobilien mitzubeziehen war, so konnte man doch gar nicht daran denken, dadurch eine Anwendung des interd. U. V. auf Mobilien oder eine neue Klage für dieselben begründen zu wollen. Eher wäre bei der Abfassung des Justinianischen Coder Veranlassung dazu gewesen, allein daß die Compilatoren wirklich diese Absicht gehabt haben, läßt sich daraus, daß sie das Gesetz an der Stelle ließen, wo sie es fanden, doch gewiß noch nicht schließen. Man kann es um so weniger, da das Gesetz, wie gezeigt ist, eigentlich ganz neu gemacht wurde, und es daher doch sehr nahe lag, diese Absicht, wenn man sie hatte, kurz anzudeuten. Noch mehr spricht dagegen, daß in §. 6. J. de interd. das interd. U. V. ausdrücklich auf Immobilien beschränkt wird, trotz dem daß dicht daneben die l. 7 referirt wird, und daß dieselbe in ihrer Anwendung auf Mobilien noch einmal besonders bei der actio vi bonorum raptorum berührt wird, ohne daß auch hier die geringste Andeutung jener Absicht gegeben wäre. Ein eigenthümliches Bedürfniß einer solchen Aenderung fand übrigens auch zu Justinian's Zeit nicht statt, da abgesehen von den übrigen Klagen die condictio possessionis und das interd. utrubi den oben gegebenen Ausführungen zufolge jedenfalls vollständig ausreichten [1]).

Allen Grundes entbehrt endlich die Ansicht, daß die Be-

1) Damit stimmt es überein, daß nicht nur die Basiliken, 60. 17. c. 7. §. 4—6, und ihre Scholien die Beschränkung des Interdicts auf Immobilien wiederholen, sondern selbst noch Psellus (v. 881—3) singt:

Τὸ οὔνδε βὶ ἰντέρδικτον νοεῖται προσηκόντως
Εἴτις τὸν ἔχοντα νομὴν πράγματος ἀκινήτου
Τῆς νομῆς ἀπελάσειεν, ὡς βίαιος τὴν γνώμην.

stimmungen der l. 7 auch für bloße Detentoren gelten müßten, und also auch diese dadurch ein possessorisches Klagerecht bekommen hätten. Denn es ist auch nicht die geringste Andeutung zu finden, daß das Wort possessio in der Stelle nicht in seinem gewöhnlichen technischen Sinne verstanden werden müßte.

§. 8.

Besitz der Rechte.

Die Römer fassen den Besitz an sich nur als Sachenbesitz auf. Indessen nehmen sie bei gewissen Rechten, nämlich den Servituten, ein ähnliches nach Analogie des Sachenbesitzes zu behandelndes Verhältniß an, die s. g. juris oder quasi possessio.* Dieses Verhältniß ist jetzt noch näher zu bestimmen.

Zunächst sind dabei die Bestandtheile dieses Besitzverhältnisses im Unterschiede von denen des Sachenbesitzes festzustellen. Der Hauptunterschied ist der, daß als Gegenstand des Besitzes hier an der Stelle der Sache das betreffende Recht, als etwas Unkörperliches, steht [1]):

— possessionem vel corporis vel juris.

— possessionis duplicem esse rationem, aliam quae jure consistit, aliam quae corpore.

— fundi possessionem, ususfructus quasi possessionem.

— tuendum eum, qui hoc jus possedit.

— jus fundi possedisse oportet.

— possessorem esse eum juris et petitorem.

In zwei Stellen wird zwar nicht eigentlich das Recht, son-

1) L. 2. §. 3. de precario. L. 10. C. de possessione. L. 23. §. 2. quib. ex caus. maj. L. 2. comm. servit. L. 7. de itinere. L. 6. §. 1. si servitus.

dern die Ausübung desselben als Gegenstand des Besitzes bezeichnet [1]:

— per causam tigni possideo habendi consuetudinem.

— ostendat, per annos tot usum (scil. servitutis) se nec vi n. cl. n. pr. possedisse.

indessen ist der Text in beiden kritisch zweifelhaft [2], und jedenfalls hat man in beiden wohl nur eine andere Redeform, nicht eine andere Auffassung zu sehen. Für das Besitzen selbst steht an der Stelle der Detention der Sache die Ausübung des Rechts [3]:

— usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse.

— si quis usus est — videtur possidere —

Si quis habeat velut longae possessionis praerogativam, quod diu usus est servitute.

Si quis diuturno usu et longa quasi possessione.

an der Stelle des animus domini der Wille, das Recht als ein eigenes auszuüben [4]:

Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit.

Si — commeavit, non tamen tanquam id suo jure faceret — inutile est interd. de itinere, nam jus fundi possedisse oportet.

Auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes kommt hier so wenig etwas an, als beim Sachenbesitze. Daher findet namentlich die scheinbare Consequenz nicht statt, daß weil etwas, was nicht existirt,

1) L. 20. de S. P. U. L. 10. si servitus vind.

2) In der l. 20 liest die Vulg. consuetudine, und in der l. 10 lassen manche das usum, andere das possedisse weg.

3) L. 20. de servitut. L. 3. §. 2. de itinere. L. 5. §. 3. eod. L. 10. si servitus.

4) L. 25. quemadm. servit. L. 7. de itinere.

nicht besessen werden könne, auch nur Rechte, die bereits wirklich als solche existiren, besessen werden könnten.

L. 1. §. 2. de itinere.

— sive habuit jus, sive non habuit, — ad tuitionem praetoris pertinet, si — usus sit.

Auch sonst findet so viel als möglich die Analogie vom Sachenbesitze statt, woraus denn namentlich folgt, daß Stellvertretung des Besitzes, ja auch abgeleiteter Besitz in den bestimmten Fällen hier zulässig ist [1]). Nur in Betreff des Verhältnisses der physischen Detention zum Besitze scheint eine wesentliche Verschiedenheit stattzufinden, wenn es in l. 14. de servit. heißt:

Servitutes pr. rust. — tales sunt, — ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.

Danach scheint der Besitz der Servituten immer nur ganz unmittelbar bei der wirklichen körperlichen Ausübung stattzufinden, und jede auch nur temporäre Unterlassung derselben den Besitz aufzuheben, so daß bei denjenigen Servituten, die ihrer Natur nach nicht fortwährend ausgeübt werden können, ein eigentlicher fortdauernder Besitz gar nicht möglich wäre. Der Grundsatz des Sachenbesitzes, daß zur Fortdauer des Besitzes Fortdauer der unmittelbaren körperlichen Detention nicht nöthig ist, sondern es genügt, daß die stete Möglichkeit der Reproduction der körperlichen Detention fortdauere, würde danach auf den Servitutenbesitz nicht analog übertragen sein. Man hält dieses in der Regel für sehr natürlich, allein in der That ist es äußerst auffallend. Denn müßte man dann nicht von diesem Standpunkte aus ebenso sagen: nemo tam perpetuo, tam con-

1) S. z. B. l. 2. §. 3. de precario.

tinenter rem tenere, in re sedere, rei insistere potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur? Doch aber nehmen die Römer nicht den geringsten Anstand, selbst bei saltus hiberni eine continua possessio anzunehmen. Wenn aber bei Sachen Continuität der unmittelbaren Detention zur Continuität des Besitzes nicht nöthig ist, warum denn bei Rechten? Indessen darf man auch gar nicht annehmen, daß jene Ansicht bei den Römern allgemeine Verbreitung und praktische Geltung gehabt habe. Die Discontinuität wird in der l. 10 nur angeführt, um die Unzulässigkeit der Usucapion bei Servituten theoretisch zu erklären. Praktisch ist sie weder bei der Servitutenersitzung, noch bei den Interdicten, von der geringsten Bedeutung, und die Römer sprechen bei der Ersitzung von einer longa possessio, ohne die aus der Discontinuität des Besitzes nothwendig hervorgehenden Schwierigkeiten für diesen Begriff irgend weiter zu berühren. Man hat also in der l. 10 nichts weiter zu sehen, als einen nicht glücklichen Versuch, dogmatisch zu erklären, was hätte historisch erklärt werden sollen, und praktisches Princip ist, daß der Besitz der Servituten zwar im allgemeinen in der Ausübung der Servitut bestehe, wie der Sachenbesitz in der Detention der Sache, daß indessen dieses hier wie dort so zu verstehen ist, daß der einmal durch Ausübung erworbene Besitz fortdauert, so lange die Möglichkeit der beliebigen Ausübung fortdauert.

Zweifelhafter ist die Frage, wie sich die Römer den Zusammenhang zwischen dem Besitze der Sachen und der Rechte eigentlich gedacht haben, worin sie eigentlich die Aehnlichkeit zwischen zwei anscheinend so verschiedenen Begriffen, wie Detention einer Sache und Ausübung eines Rechtes, gefunden haben. Daß der Begriff possidere, als ein physisches Verhältniß des besitzenden Subjects zu dem besessenen Objecte, auf

Rechte nicht unmittelbar anwendbar sei, versteht sich von selbst, und wird auch von den Römern auf das bestimmteste gesagt, z. B.

L. 3. pr. de possessione.

Possideri possunt, quae sunt corporalia.

L. 4. §. 27. de usurpat.

— nec possideri intelligitur jus incorporale —

Allein wenn danach der Besitz so wesentlich als ein physisches körperliches Verhältniß aufgefaßt wird, so muß man fragen, in wie fern denn auch nur „quasi“ oder „gleichsam“ bei einem bloßen Gedankendinge, wie einem Rechte, ein Besitz möglich sei, was denn hier den Aehnlichkeits- und Uebergangspunkt bilde. Vergleicht man den Sachenbesitz mit der Servitutenausübung, so findet sich in zwei Beziehungen eine Aehnlichkeit, einerseits insofern der Sachenbesitz eine, wenn auch nicht die, Ausübung des Eigenthums enthält, somit auch eine Rechtsausübung ist; anderseits insofern die Servituten als dingliche Rechte eine, wenn auch beschränkte, Herrschaft über eine Sache enthalten, also die Servitutenausübung wie der Sachenbesitz ein physisches Gewaltverhältniß über eine Sache in sich schließt. Beide Gesichtspunkte könnten also einen Ausgangspunkt für den Begriff der quasi possessio bilden. Daß indessen die Römer wirklich den einen oder den andern Standpunkt eingenommen hätten, läßt sich durchaus nicht sagen. Es findet sich in den Quellen auch nicht die geringste Andeutung der Art; weder wird auf der einen Seite im Sachenbesitze die Eigenthumsausübung im geringsten hervorgehoben, noch auf der andern die Auffassung des Servitutenbesitzes als eines beschränkten Besitzes der Sache, im Gegensatze des unbeschränkten, im geringsten angedeutet. Der Standpunkt, von dem die Römer ausgehen, liegt vielmehr lediglich in ihrer Auffassung der Rechte als unkörperlicher Sachen. Sie gehen einfach von dem Gedanken aus, daß unkörperliche

Sachen zwar nicht eigentlich besessen werden können, eben ihrer Unkörperlichkeit wegen, aber doch gewissermaaßen, insofern man ein Recht, das man ausübt, in ähnlicher Weise factisch hat, wie eine Sache, die man besitzt. Zwar wird auch dieser Standpunkt nirgends ausdrücklich ausgesprochen, indessen tritt er in dem mehrfachen Hervorheben des Unterschiedes der körperlichen und unkörperlichen Sachen beim Besitze, und auch in der Bezeichnung „quasi possidere, intelligi possidere“ selbst deutlich genug hervor.

Uebrigens scheint es aber, als ob diese theoretische Auffassung der quasi possessio keineswegs den Ausgang für ihre praktische Behandlung, namentlich ihren Schutz durch Interdicte gebildet habe. Diese scheinen vielmehr zuerst rein durch das praktische Bedürfniß hervorgerufen, und vom Prätor ohne alle Beziehung auf den Begriff einer quasi possessio eingeführt zu sein, und erst später scheint dann die Wissenschaft die Aehnlichkeit mit dem Sachenbesitze bei ihnen hervorgehoben, und ihnen daher den Begriff der quasi possessio untergelegt, oder eigentlich auch mehr nur mit ihnen verbunden zu haben. Auf diesen Gang der Entwicklung deutet es wenigstens, daß in den Servituteninterdicten selbst nirgends der Begriff der quasi possessio zu Grunde gelegt oder auch nur berührt ist, sondern sie stets einfach auf die Ausübung der Servituten als solche gestellt sind, und auch in der Darstellung der Juristen der Begriff der quasi possessio keine große Bedeutung hat.

Schließlich ist noch die Frage zu berühren, ob das Römische Recht nicht auch noch bei andern Rechten, als den Servituten, einen Besitz annehme. Ueber die Superficies und Emphyteuse, die hier zunächst in Frage kämen, ist bereits oben beim abgeleiteten Besitze das Nöthige gesagt. Außerdem kann die Frage nur noch entstehen:

1) beim Erbrechte. Daß der Ausdruck possessio hereditatis den Römern ein ganz geläufiger ist, zeigt ein Blick in den Titel de hereditatis petitione, wo er fast in jeder Stelle vorkommt. Es frägt sich aber, was darunter zu verstehen sei. Man nimmt in der Regel an, es sei damit nur das Beklagtenverhältniß bezeichnet; da man auf die hered. petitio den Vindicationsproceß angewendet habe, so habe man mit diesem auch die dabei gebräuchlichen Ausdrücke petitor und possessor übertragen. Allein dies ist doch sehr zweifelhaft, da die Römer den Ausdruck hered. possessio keineswegs in der Weise gebrauchen, daß wer mit der hered. petitio verklagt werde, oder verklagt werden könne, possessor heiße, sondern vielmehr umgekehrt so, daß wer Besitzer der Erbschaft sei, eben deshalb mit der hered. petitio verklagt werden könne. Man lese z. B. l. 13. §. 8. 10. 12.

> Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet, et sic peti ab eo hereditatem putant —
> Si mulier hereditatem in dotem dedit, maritum pro dote quidem possidere hereditatem, sed petitione hereditatis utili teneri.
> Si quis absentis nomine possideat hereditatem, absentis nomine petendam hereditatem, ipsius vero nequaquam, quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet.

Ganz offenbar wird doch hier der Erbschaftsbesitz nicht als formelle Bezeichnung, sondern vielmehr als materielle Voraussetzung des Beklagtwerdens bei der hered. petitio gebraucht.

Wenn nun aber manche im Gegensatze zu dieser Erklärung geradezu eine wirkliche quasi possessio der Erbschaft oder des Erbrechts im Ganzen als universitas angenommen haben, so ist dies gewiß eben so wenig zu billigen. Denn nirgends wird dieser Begriff als ein wirklich praktischer mit praktischen Con-

6 *

sequenzen hingestellt, sondern diese beruhen stets nur auf dem speciellen Besitze der einzelnen Sachen, oder der Anmaßung einzelner Rechte, und der Besitz der Erbschaft im allgemeinen wird lediglich zur kürzern Bezeichnung der allgemeinen Richtung des Willens des Erbprätendenten gebraucht.

Richtiger möchte man daher den Sprachgebrauch wohl so erklären, daß darin ein Ueberbleibsel des alten Rechts, wonach es wirklich eine eigentliche possessio hereditatis, ja selbst usucapio hereditatis gab [1]), enthalten ist. Man hatte sich an den Ausdruck possessor hereditatis gewöhnt, und behielt ihn daher, auch nachdem jenes Recht längst aufgehoben war, zur kurzen Bezeichnung der Erbprätendenten, die sich in den Besitz der Erbschaftssachen setzen, bei.

Neben dem Ausdrucke hereditatis possessio kommt bei der Begründung der hered. petitio auch noch der Ausdruck juris possessio namentlich für Obligationsverhältnisse vor [2]). Auch darunter hat man keine Ausdehnung der quasi possessio der Servituten zu sehen, sondern der Ausdruck sagt nur, daß wenn ein Nichterbe durch Einmischung in die Erbschaft zum Nachtheile der Erbschaft wirklich Rechte erwirbt, oder als Erbschaftsschuldner ihr Rechte vorenthält, er wegen dieser Rechte ebenso wie wegen des Besitzes von Erbschaftssachen verklagt werden könne. Von Anwendung der Besitzgrundsätze ist dabei keine Rede. Das bezeichnendste Beispiel enthält l. 16. §. 4:

> Si is, qui pro herede possidebat, vi fuerit dejectus, peti ab eo hereditatem posse, quasi a juris possessore, quia habet interdictum U. V., quo cedere debet.

1) Caj. II. 54. 55. — ipsae hereditates usucapi credebantur — improba possessio et usucapio —.

2) Nämlich in L. 9. 13. §. 15. l. 16. §. 4. 7. l. 18. §. 1. l. 34. §. 1. l. 35. de H. P. L. 10. si pars hered.

2) Bei der **Freiheit** kommt der Ausdruck possessio libertatis vor [1]). Man hat darin auch hier wie beim Erbrechte nur eine Bezeichnung des Beklagtenverhältnisses sehen wollen, die hier wie dort aus der Anwendung des Vindicationsprocesses auf die Libertät hervorgegangen sei. Allein wenn dieses auch wirklich die ursprüngliche Veranlassung zur Anwendung des Wortes possessio auf die Freiheit gewesen sein mag, so hat man dasselbe doch jedenfalls später vollständig in der Bedeutung von factischem Genusse der Freiheit, ganz in der Weise wie wir von Besitz der Freiheit, die Franzosen von possession d'état reden, genommen. Man lese z. B. l. 7. §. 5. und l. 10. de liber. causa:

Si apparuerit, eum qui de libertate sua litigat, in libertate fuisse, is qui se dominum dicit, actoris partes sustinebit. — In libertate fuisse sic accipiendum, non ut se liberum doceat, sed in possessione libertatis sine dolo malo fuisse.

ferner l. 14. C. eod.

Lite ordinata in possessione libertatis is, de cujus libertate quaeritur, constituitur et interim pro libero habetur.

Dem entsprechend findet sich in l. 14. de probat. auch eine possessio libertinitatis und ingenuitatis [2]), wobei doch der Vindicationsproceß nicht angewendet wurde, so daß man nicht zweifeln kann, daß hier wirklich eine Art Anwendung des Besitzbegriffes auf Zustandsrechte anzunehmen ist. Indessen ist die

1) L. 15. C. de probat. L. 7. §. 5. l. 10. l. 12. §. 3. l. 28. l. 41. pr. D. l. 14. 21. C. de liberali causa.

2) In l. 1. de liber. causa kommt sogar der Ausdruck possessio servitutis vor, aber in einem eigenthümlichen Falle: Si quando is, qui in possessione servitutis est, litigare de conditione sua non patitur, — aequum est, quibusdam personis licentiam dari, pro eo litigare. Die Sclaverei wird hier gewissermaßen wie ein Recht, und darum als Gegenstand des Besitzes aufgefaßt.

Anwendung nicht verallgemeinert, und überhaupt nicht weiter ausgebildet, so daß die ihr zu Grunde liegende Idee keine eigentliche Entwickelung erlangt hat.

§. 9.

Schutz des Besitzes der Rechte.

Ueber den Schutz des Servitutenbesitzes durch Interdicte enthält das Römische Recht folgende Bestimmungen.

Auf die Personal-Servituten werden nach l. 3. §. 13 bis 17. de vi und l. 4. uti possidetis die beiden Sachenbesitzinterdicte U. V. und U. P. angewendet. Zum richtigen Verständniß dieser Bestimmung sind jedoch folgende Bemerkungen nöthig. In den Vat. Fragm. finden sich ein Paar Stellen aus einem Werke über die Interdicte (wahrscheinlich von Venulejus), worin es unter andern (§. 90) heißt:

Si usufructu legato legatarius fundum nactus sit, competit (utile) interdictum (Quod legatorum) adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum U. P. utile hoc nomine proponitur, et U. V., quia non possidet [1]).

Es wird also hier die directe Anwendbarkeit der genannten drei Interdicte auf den Nießbrauch geläugnet, weil der Usufructuar keine corporis, sondern nur eine juris possessio habe, und gesagt, daß deshalb eigene interdicta utilia mit veränderter Formel dafür aufgestellt seien. Für das Dasein solcher besondern Interdicte spricht auch der Umstand, daß die Stelle von Ulpian

1) In §. 91 heißt es: — qui utendi fruendi causa admissus in qua re sit, possidere eam non videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus sit, proprie dejectus dici non potest. Ideo specialiter interdictum eo casu desiderari.

in den Pandekten, worin die Anwendbarkeit des interd. U. P. auf den Nießbrauch ausgesprochen ist, nicht aus dem 69sten Buche seines Edict-Commentars ist, worin er die Sachenbesitzinterdicte behandelte, sondern aus dem 70sten, worin das interd. de superficie und die speciellen Servituteninterdicte, also die für den Quasibesitz, dargestellt sind. Indessen muß doch entweder über das Dasein, oder die Geltung, oder den Umfang solcher besondern Interdicte für den Nießbrauch ein Streit bei den Römern gewesen sein, und Ulpian sich dabei gegen diese Interdicte, und für unmittelbare Anwendung der Sachenbesitzinterdicte auf den Nießbrauch, erklärt haben. Man sieht dieses aus den Pandekten, in denen Ulpian's Ansicht aufgenommen ist, und zwar beim interd. Quod legatorum mit ausdrücklicher, freilich nur kurzer, Erwähnung des Streites [1]). Bei den beiden andern Interdicten ist seine Ansicht zwar nur im Resultate aufgenommen, und die Erwähnung des Streites weggelassen; indessen zeigen die Anfangsworte der betreffenden Stellen deutlich, daß er auch hier den Streit berührt hatte [2]). Aus welchen Gründen Ulpian die Ansicht von Venulejus verwarf, und die unmittelbare Zulässigkeit der Interdicte behauptete, läßt sich danach mit Gewißheit nicht mehr sagen. Wenn man indessen die l. 12. pr. de possess.:

Naturaliter videtur possidere, qui usumfructum habet.

1) L. 1. §. 8. quod legat. Est quaesitum, si ususfructus vel usus fuerit relictus, eumque occupaverit (legatarius), an hoc interdicto restituere sit compellendus? Movet, quod neque ususfructus neque usus possidetur, sed magis tenetur. Potest tamen defendi, competere interdictum.

2) Namentlich deutlich sieht man es beim interd. U. V. Hier wird in l. 3. pr. §. 12 der Begriff des armis dejicere besprochen, und dann auf einmal in §. 13 so fortgefahren: Unde vi interdictum *necessarium fuisse* fructuario *apparet*. Beim interd. U. P. fängt die l. 4 an: *In summa* puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum.

die ihrer Inscription nach ursprünglich mit der obigen l. 4. uti possidetis in Verbindung stand, mit der Aeußerung in l. 3. §. 17. de vi:

Qui ususfructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione (sc. rei), utetur hoc interdicto.

zusammennimmt, so scheint sein Standpunkt doch weniger der gewesen zu sein, unmittelbar vom Besitze des Rechts aus die Anwendbarkeit der Interdicte zu behaupten, als vielmehr weil die Detention des Usufructuars des dinglichen Rechtes wegen gewissermaßen eine Art Naturalbesitz sei.

Von den Prädial-Servituten sind für einige der Feldservituten, nämlich die Wege und Wasserservituten, besondere Interdicte eingeführt [1]), deren Formeln zwar nicht auf den Begriff der quasi possessio, sondern einfach auf den der Ausübung der Servitut gestellt sind, die aber doch der Sache nach quasipossessorisch sind, und auch in l. 20. de servit. „veluti possessoria“ genannt werden. Ihre Eigenthümlichkeit besteht:

1) darin, daß bei ihnen nicht zwischen Störung und Entziehung des Besitzes unterschieden ist. Sie sind daher nicht zum Theil prohibitorisch, zum Theil restitutorisch, oder retinendae und recuperandae possessionis, sondern sämmtlich prohibitorisch oder retinendae possessionis, d. h. sie gehen sämmtlich dahin, daß die fernere Ausübung einer bisher ausgeübten Servitut nicht gewaltsam gehindert werde.

2) darin, daß sie sämmtlich auf Ausübung der Servitut im letzten Jahre gestellt sind, somit die Schwierigkeiten, die bei jedem Besitze, namentlich aber beim Besitze solcher Servituten in Betreff der Fortdauer des Besitzes nach der letzten Besitzhandlung stattfinden können, vollständig umgehen.

1) Dig. 43. 19—22.

Bei den Gebäudeservituten giebt es zwar keine eigenthümliche Interdicte, indessen geben hier in vielen Fällen die Rechtsmittel der operis novi nuntiatio und des interd. Quod vi aut clam mittelbar Schutz für den Besitz. Außerdem ist anerkannt, daß in manchen Fällen die Störung des Servitutenbesitzes nur durch eine Störung des Sachenbesitzes des herrschenden Hauses geschehen kann, und daß dann insofern der Besitzer, wenn er das interd. U. P. für seinen Sachenbesitz anstellt, von selbst mittelbar auch Schutz seines Servitutenbesitzes bekomme. So heißt es in l. 3. §. 5—7. uti possid., wenn Jemand eine projectio supra vicini solum habe, die doch keine eigentliche Superficies bilde, so könne er gegen den Nachbar, wenn dieser ihn störe, das Interdict anstellen: uti possidetis eas aedes, ex quibus projectio est. Das Gleiche muß auch bei der servitus oneris ferendi, tigni immittendi u. a. gelten. Bei allen Gebäudeservituten ist es indessen nicht möglich; so z. B. enthält die Störung einer serv. fluminis recipiendi oder altius non tollendi keineswegs immer die Störung des Sachenbesitzes des herrschenden Hauses, im Gegentheil bei den negativen Gebäudeservituten fast nie.

Da der bisher beschriebene Schutz nicht für alle Fälle von Prädialservituten ausreicht, so entsteht die Frage, ob das Römische Recht hier wirklich eine Lücke gelassen habe, oder ob dieselbe durch eine allgemeine Anwendung der Sachenbesitzinterdicte ausgefüllt sei. Es ließe sich diese Anwendung in einer zwiefachen Weise denken, entweder so, daß man die Sachenbesitzinterdicte ganz unmittelbar auch auf die quasi possessio angewendet hätte, oder so, daß man aus der Auffassung der Servituten als rechtlicher Eigenschaften der Grundstücke die Consequenz abgeleitet hätte, daß jede Störung eines Servitutenbesitzes als solche schon von selbst auch eine Störung des Sachenbesitzes

des herrschenden Gutes enthalte. Beide Anwendungen sind aber im Römischen Rechte nicht gemacht.

Was die erste betrifft, so wird die Anwendung des interd. U. V. dadurch bestimmt ausgeschlossen, daß in l. 4. §. 27. de usurpat. die dejectio de jure geradezu für unmöglich erklärt wird [1]). Vom interd. U. P. ist zwar kein so bestimmter Ausspruch da, allein das vollständige Stillschweigen über die Anwendbarkeit genügt auch vollständig. Denn es versteht sich von selbst, und wird durch die Aufstellung des interd. superficiarium und fructuarium, und der speciellen Servituteninterdicte außer Zweifel gesetzt, daß die Anwendung des interd. U. P. auf die quasi possessio jedenfalls nur durch Aufstellung einer neuen modificirten Interdictsformel geschehen konnte. Das Interdict „uti possidetis eas aedes" so ohne weiteres auf Servituten anzuwenden, oder ohne weiteres ein Interdict „uti possidetis hanc servitutem" daraus zu machen, konnte keinem Römer einfallen [2]). Wenn wir daher nirgends in den Quellen auch nur die geringste Andeutung einer solchen modificirten Interdictsformel finden, und auch sonst von der Anwendung des Interdicts auf die Servituten nirgends die Rede ist, so ist das unter diesen Umständen, auch abgesehen von den bekannten Gründen aus der Natur der speciellen Servituteninterdicte, ein vollständiger Beweis, daß die Römer eine solche allgemeine Anwendung des Interdicts auf Servituten nicht gemacht haben.

Zweifelhafter ist die zweite Anwendung. Denn nicht nur heißt es in l. 98. de V. S.:

> Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?

1) Vgl. auch Vat. fr. §. 91. oben S. 86. not. 1. cit.

2) Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint. L. 32. §. 1. de S. P. U.

sondern in l. 12. quemadm. serv. wird diese Auffassung auch unmittelbar auf den Besitz bezogen:

Qui fundum alienum emit, itinere, quod eo fundo debetur, usus est; retinetur id jus itineris; fundus enim qualiter se habens, *ita cum in suo habitu possessus est*, jus non deperit.

Danach ließe sich allerdings wohl denken, daß man bei der Störung einer Prädialservitut das interd. U. P. in der Weise gegeben habe: uti possidetis hunc fundum „qualiter se habens", oder „in suo habitu", ita quominus poss. v. f. v. Denn wenn der Besitz einer Servitut als Bestandtheil des Besitzes des herrschenden Gutes aufgefaßt werden kann, so muß man auch insofern die Störung der Servitut als Störung des Besitzes des Gutes selbst auffassen können. Der dagegen geltend gemachte Umstand, daß doch bei den Feldservituten der Besitz der Servitut „auf Handlungen beruht, die vom Besitze der Hauptsache ganz unabhängig sind", steht nicht im Wege, da eben die l. 12 zeigt, daß man beide Besitze durch das Princip der l. 98 dennoch mit einander in Verbindung brachte. In der ältern Gestalt des interd. U. P., wo es nur auf Streit um einen von beiden Parteien gleichmäßig in Anspruch genommenen Besitz ging, war zwar eben deshalb jene Anwendung nicht möglich, für die spätere Zeit dagegen, wo es auch zur Abwehr gegen rein einseitige Angriffe gebraucht wurde, ließe sie sich offenbar sehr wohl denken. Daß sie indessen von den Römern wirklich gemacht sei, läßt sich nicht nur nicht beweisen, sondern ist auch unwahrscheinlich [1]), zunächst deshalb, weil sich in den Quellen

1) Direct entgegenstehende Aussprüche sind freilich nicht da. Denn wenn es in l. 5. §. 10. de o. n. n. heißt: „si in suo quid faciat (vicinus), quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria" — so bezieht sich dies nur auf den vorher besprochenen Gegensatz von Nuntiation

nicht die geringste Spur davon findet [1]), dann aber weil sich sonst das Dasein der speciellen Servituteninterdicte nicht wohl erklären ließe. Denn wenn man auch ihre Einführung daraus erklären wollte, daß sie aus einer Zeit stammten, wo die Anwendung des interd. U. P. auf einseitige Angriffe noch nicht angenommen war, so hätten sie sich doch, wenn jene Anwendung des interd. U. P. Eingang gefunden hätte, nicht wohl erhalten können. Wenigstens wäre dann das vollständige Stillschweigen der Quellen ganz unerklärlich. Dazu kommt Folgendes. Die Stellen, die jene Auffassung der Servituten aussprechen, sind beide von Celsus. In der ersten zeigt die Redeform „quid aliud sunt jura —?“ deutlich, daß Celsus seinen Gedanken nicht als ein eigentliches allgemein anerkanntes Rechtsprincip, sondern mehr nur als einen geistreichen Vergleich hinstellen will. In der andern wird zwar ein Rechtssatz damit verbunden, allein dieser wird in l. 20—24. eod. von Scaevola ohne alle Beziehung auf den Gedanken von Celsus ausgesprochen. Somit läßt sich sehr wohl annehmen, daß jene ganze Auffassung der Servituten überhaupt mehr nur eine individuelle theoretische Idee war, als ein praktisches Rechtsprincip, welches in allen seinen Consequenzen zur vollen Gültigkeit und Entwicklung gekommen wäre, wie sich denn auch wohl der ganzen Idee eine gewisse seltsame Paradoxie, und namentlich in der in Frage stehenden Consequenz eine unnatürliche Spitzfindigkeit nicht

und Prohibition per praetorem vel per manum, so daß sonstige Klagerechte damit wohl noch vereinbar wären.

1) Denn wenn es in l. 8. §. 5. si servitus. bei Gelegenheit des jus fumi immittendi heißt: Sed et interd. U. P. poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti; so deuten ja die letzten Worte zur Genüge an, daß das Interdict hier lediglich vom Standpunkte des reinen einfachen Sachenbesitzes für zulässig erklärt wird, nach dem oben bei den Gebäudeservituten besprochenen Principe.

absprechen läßt. Will man übrigens trotz dieser Gegengründe diese zweite Art der Anwendung des interd. U. P. auf Servituten für zulässig erklären, so muß man es jedenfalls ganz gleichmäßig für Feld- und Gebäudeservituten thun. Zu einer Unterscheidung zwischen beiden ist durchaus kein Grund vorhanden. Die Beschränkung auf die Gebäudeservituten beruht lediglich auf einer Verwechslung dieses Princips mit dem oben S. 89 besprochenen, wonach bei Gebäudeservituten die Störung derselben häufig eine eigentliche unmittelbare Störung des Sachenbesitzes enthält.

§. 10.

Das Byzantinische Recht nach Justinian.

Wie man einen großen Mann, auch wenn er altersschwach geworden ist, noch mit Theilnahme bis zu seinem Tode verfolgt, in ähnlicher Weise nimmt auch das Byzantinische Recht nach Justinian unser Interesse in Anspruch, und es mögen ihm daher auch hier ein Paar Zeilen gewidmet sein. Freilich ist es wenig erfreulich, den Geist, den man in seiner Größe bewundert hatte, jetzt in seiner vollständigen Hinfälligkeit bemitleiden zu müssen; denn in der That ist der Verfall, den wir hier namentlich in der Besitzeslehre finden, in seiner Art eben so großartig, als es vorher die Blüthe gewesen war. Daß ein Volk eine Besitzeslehre sich selbst erst neu schaffe, dazu gehört immer schon ein ziemlich hoher Grad von rechtsbildender Kraft, allein eine Besitzeslehre festzuhalten, die so großartig angelegt und durchgeführt ist, wie die Römische, sollte man meinen, falle auch einer schwächern Zeit nicht schwer. Gerade dieses Schützen des factisch Bestehenden, indem es das Eingehen auf die schwierigere Rechtsfrage erspart, sollte man meinen, müßte einer solchen

Zeit als Erleichterung der Rechtspflege besonders zusagen. Dennoch finden wir, daß man auch nicht einmal dazu die Kraft behielt, daß man vielmehr in der spätern Zeit die Einsicht in die Bedeutung des Besitzes, als eines rechtlich geschützten Verhältnisses, eigentlich fast ganz verlor.

Schon in den Basiliken wurde dazu eigentlich der Grund gelegt. Zwar haben diese die Besitzlehre in ihrem ganzen Umfange noch mit ziemlicher Vollständigkeit aufgenommen; allein die possessorischen Interdicte sind in ihnen auf eine Weise behandelt, daß man schon zweifeln möchte, ob nur die Verfasser der Basiliken selbst noch ein klares Bewußtsein über ihre Bedeutung gehabt haben, und jedenfalls der spätern Zeit das Verständniß derselben fast unmöglich gemacht wurde. Der innere Zusammenhang, der zwischen den possessorischen Interdicten stattfindet, tritt in den Pandekten auch äußerlich hervor, theils in der Stellung der einzelnen Titel, theils in den allgemeinen Bemerkungen über die possessorischen Interdicte in den Titeln de interdictis und uti possidetis. Dies ist in den Basiliken vollständig zerstört. Die allgemeinen Bemerkungen sind weggelassen [1]), das interd. U. V. aber ist von dem U. P. getrennt, und, mit der actio vi bon. rapt. zu einem Titel vereinigt, in die Lehre von den Delicten zwischen Diebstahl und crimen vis gestellt [2]). Dabei ist die weitere Sonderbarkeit, daß der Codextitel unde vi nicht mit dem Pandektentitel vereinigt, sondern an den Schluß des Titels über Usucapion gesetzt

1) Zwar sind jene beiden Titel in Bas. 58. 14 u. 17 nur in Bruchstücken auf uns gekommen. Indessen sieht man aus der Citirung der erhaltenen Stellen in den Scholien, und aus dem Inhaltsverzeichnisse des Tipucitus deutlich, daß jene Bemerkungen nicht aufgenommen waren. Vgl. Bas. ed. Heimbach, 58. 14. c. 2. not. l. 58. 17. c. 3. not. p.

2) Bas. 60. 17. Der Titel heißt: *Περὶ βιαίως πραγμάτων ἁρπαγέντων, καὶ ὀχλαγογίας καὶ περὶ βίας ἐνόπλου.*

ist [1]). Ebenso ist der Zusammenhang zwischen den quasipossessorischen Interdicten aufgehoben. Die allgemeine Erwähnung derselben in l. 20 de serv. ist gestrichen [2]), der Ausdruck quasi possessio, ὡσανεὶ νομή bei Theophilus [3]), kommt gar nicht vor [4]), das Interdict für Wege ist ganz ausgelassen [5]), und die Interdicte für die Wasserservituten sind durch Hereinziehen des Codextitels über öffentliche Wasserleitungen von dem interd. U. P. und de superficie getrennt [6]).

Aus welchem Grunde man alle diese Veränderungen machte, warum man nicht lieber einfach die Justinianische Anordnung beibehielt, ob man selbst schon die Bedeutung der possessorischen Klagen nicht recht mehr zu würdigen wußte, ob man eine Gefahr für ihr Verständniß nicht glaubte fürchten zu müssen, — sind Fragen, die sich nicht entscheiden lassen. Wenn man indessen von der letztern Voraussetzung ausging, so hatte man sich jedenfalls sehr getäuscht. Denn die Folge von jener Anordnung war, wie sich kaum anders erwarten ließ, daß der allgemeine Begriff der possessorischen Klagen ganz verloren ging, daß in Folge davon das interd. U. P. und die quasipossessorischen Interdicte bei Wasserservituten als vereinzelte Bestimmungen ohne rechten systematischen Anhalt erschienen, und daher gleichfalls in Vergessenheit kamen; daß dagegen das interd. U. V. einfach als Delictsklage, ohne besondere Hervorhebung seines

1) Bas. 58. 3. c. 48—61.

2) Bas. ed. Heimbach 58. 1. c. 17. not. q.

3) Paraphr. zu pr. J. de interd.

4) Die betreffenden Pandektenstellen sind geändert. Bei Psellus, v. 588. findet sich jedoch die Stelle von Theoph. wieder. Der Ausdruck δουλείαν νέμεσθαι findet sich bei Tipucit zu l. 10. si servitus. Bas. ed. Heimb. 58. 5. c. 9. not. b.

5) Wenigstens findet es sich nirgends, und auch keine Lücke, wo es hinein gehören könnte.

6) Bas. 58. 17—21.

possessorischen Charakters aufgefaßt wurde. Diesen Standpunkt haben die kleinern Rechtswerke nach den Basiliken gleich von Anfang an, indem die Epanagoge des Prochiron von Basilius, und ihre spätern Bearbeitungen von den Besitzklagen überhaupt weiter gar nichts enthalten, als in ihrem Titel *περὶ ποίνων* die Bestimmung der l. 7. C. unde vi [1]). In der größern Basilikensynopse sind zwar das interd. U. P. und die Servituteninterdicte wieder erwähnt, das erstere aber nur beiläufig unter der Rubrik: *περὶ νεμομένων εἴτε καλῇ εἴτε κακῇ πίστει.* Bei Michael Attaliates, Psellus und Harmenopul findet sich dagegen wieder weder von dem einen noch von dem andern irgend eine Spur.

Das interd. U. V. erhielt sich zwar bis zuletzt, aber mit sonderbaren Schicksalen. Anfangs führte die Trennung des Pandekten- und des Codextitels über das Interdict, die in den Basiliken gemacht war, zu der sonderbaren Annahme von zwei Interdicten, einem pönalen, und einem nicht pönalen. Die Annahme findet sich schon in den Scholien zu den Basiliken [2]). Noch vermehrt erscheint der Irrthum aber in der *πραγματεία* des Michael Attaliates durch das Hereinziehen der leges Juliae de vi. Hier heißt es in Tit. 59 erst, ein Dejicirter könne entweder einfach mit dem interd. U. V. auf Restitution der Sache und Schadensersatz klagen, oder auch die Klagen aus den Julischen Gesetzen auf öffentliche Strafe damit verbinden; dann aber fügt er hinzu:

1) Dies muß man wenigstens nach den Titelverzeichnissen, die in Zachariä's Ausgabe des Prochiron abgedruckt sind, annehmen. Im Prochiron steht die Stelle t. 39, c. 49. Schon die Ekloge von Leo d. Isaurier enthielt übrigens nicht mehr; indessen war sie ja auch, wie Basilius in der Vorrede zum Prochiron sagt: *οὐκ ἐκλογὴ μᾶλλον ἢ ἀνατροπὴ τῶν καλῶς νομοθετηθέντων.*

2) In einer Scholie zu Bas. 60. 17. c. 7. (l. 1. pr. de vi.) heißt es: *Ἕτερον ἰντέρδικτον οὔνδε βὶ, ἀλλ' οὐχὶ ἐμποίνιμον, οἷον κεῖται* 50. 3. c. 55.

οἱ δὲ δικασταὶ σήμερον τὰς ἀκρότητας διαφεύγοντες, τότε εἰς βίαν ἀνενέγκειν τὸ γενόμενον διὰ τὸ τραχὺ, καὶ τὸ τὸν βιασθέντα εἰς μόνην δικαιῶσαι τὴν ἀνάληψιν τῆς νομῆς καὶ τὴν θεραπείαν τῆς ζημίας, διὰ τὸν περὶ ἀναρχίας νόμον (l. 7. C. unde vi) τέμνουσι τὴν τοιαύτην ὑπόθεσιν. Also um die Extreme zu vermeiden, entweder stets auf die harten Strafen der Julischen Gesetze, oder auf gar keine Strafe zu erkennen, sei es Praxis, Dejectionsfälle in der Regel weder nach dem interd. U. V., noch nach den Julischen Gesetzen, sondern nach dem Gesetze über die Selbsthülfe zu behandeln! Daß bei einer solchen Interpretation der Gesetze auch im Sprachgebrauche keine Genauigkeit mehr in Betreff des Unterschiedes von Besitz und Eigenthum stattgefunden haben werde, läßt sich erwarten. So ist denn auch neben νομὴ ohne Bedenken von ὁ δεσπότης und ἴδιον πρᾶγμα die Rede.

Anders ist die Behandlung des Interdicts bei Harmenopul. Dieser hat an die Stelle jener übermäßigen Unterscheidungen umgekehrt das Princip möglichster Vereinfachung gesetzt, d. h. er stellt nur einen Titel περὶ ἀνάγκης καὶ βίας auf [1]), und in diesem nur eine ἀγωγὴ περὶ βίας, und für diese werden dann ohne alle weitere Unterscheidungen in schönster Harmonie die Bestimmungen der Pandekten und des Codex über das interd. U. V., die actio metus, und die actio vi bon. rapt. zusammengestellt, und damit nichts fehle, so werden damit dann auch noch weiter die leges Juliae de vi verbunden! So gründlich hatte man also zuletzt die Kunst des Papinian und Ulpian verlernt!

1) I. 11. Vgl. I. 3. §. 33. 34.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Zweiter Abschnitt.

Die Glossatoren des Römischen Rechts.

§. 11.

Einleitung.

Bei der Untersuchung über die Entstehung und Bedeutung der Modificationen des Römischen Besitzrechts, die sich im Mittelalter in Italien ausgebildet haben, ist es vor Allem nöthig, die Gestalt, in welcher das Römische Besitzrecht bei dem neuen Aufleben des Römischen Rechts in Italien zuerst wieder in Theorie und Praxis auftrat, genau festzustellen, um auf diese Weise einen sichern Ausgangspunkt für die Beurtheilung der ihm beigefügten Modificationen zu gewinnen. Dies ist daher die Aufgabe dieses zweiten Abschnittes. Als historische Einleitung sind dabei die einzelnen Nachrichten, die sich über das Römische Besitzrecht aus der Zeit des Ueberganges des Römischen Rechtes vom Alterthume in das Mittelalter finden, vorangestellt.

§. 12.

Der Occident vom sechsten bis zum elften Jahrhunderte.

Wie das Römische Recht nach dem Untergange des Weströmischen Reiches in den dazu gehörigen Ländern überhaupt

nie ganz verloren ging, sondern in der ganzen Zeit vom sechsten bis zum elften Jahrhunderte sich vielfach Spuren seiner Kenntniß und Anwendung finden, so war dieses namentlich auch bei seiner Besitzlehre der Fall. Eigentlichen Eingang konnte diese zwar bei den Germanischen Völkern so leicht nicht finden, da diese ein gar zu verschiedenes Princip für die Behandlung der Besitzverhältnisse hatten; allein die allgemeinen Gründe der Fortdauer des Römischen Rechts, namentlich der Einfluß der Kirche, übten auch beim Besitzrechte ihre Kraft aus, so daß sich auch bei ihm die Spuren der Kenntniß nie ganz verlieren. Hauptsächlich war es freilich das Gesetz von Valentinian über die Selbsthülfe, die l. 7. C. unde vi, das mit seiner einfachen talionsartigen Strafe dem Geiste jener Zeit besonders zusagte, und daher nie ganz in ihr verschwindet.

Schon in dem Edicte Theoderich's ist Valentinian's Gesetz mit ganz besonderer Wichtigkeit behandelt [1]). Es wird ein „decretum justum atque legitimum“ genannt, und ausdrücklich beigefügt:

cujus omnes per provincias judices jubemus esse custodes.

und Cassiodor [2]) erzählt, daß Theoderich's Nachfolger Athalarich es von neuem wieder besonders eingeschärft habe. In Verbindung damit setzte Theoderich die von Justinian aufgehobene Bestimmung aus l. 1. C. Th. de fructibus [3]), daß der Dejicient die Früchte doppelt restituiren müsse. Trotz dieser besondern Rücksicht, die man dem Gesetze zuwandte, war man indessen doch gedankenlos genug, in c. 76. die Bestimmung des ältern Römischen Rechts zu wiederholen, daß der Dejicirte nur wenn er nicht fehlerhaft vom Dejicienten besessen habe klagen

1) Ed. Theod. c. 10.
2) Cassiod. Var. IX, 18.
3) Vgl. l. 2. C. Just. de fructibus.

könne. Außerdem findet sich in Theoderich's Edicte nichts über den Besitz.

In der Burgundischen Lex romana findet sich Valentinian's Gesetz nicht, indessen ist der achte Titel, de violentiis, aus den Titeln des Theodosischen Coder ad legem Juliam de vi und de fructibus zusammengesetzt, und damit denn auch das interd. U. V., freilich in kaum noch erkennbarer Form, aufgenommen.

Vollständiger ist die Besitzlehre im Westgothischen Breviarium. Ueber den Besitz an sich findet sich zwar auch hier nichts. Ueber den Schutz des Besitzes dagegen ist aus Paulus Sententiae der Titel de interdictis, nur mit Auslassung der Servituteninterdicte, aufgenommen, und außerdem im Theodosischen Coder die Titel unde vi, utrubi, de fructibus, und ad leg. Juliam de vi, vollständig, so daß man hier vom Besitzesschutze ein ziemlich vollständiges, wenn auch zum Theil schwaches Bild bekommt. Beim interd. U. V. ist aber auch hier, wie im Ostgothischen Gesetze, die Gedankenlosigkeit begangen, die Einrede der Besitzfehler in den Sententiae von Paulus trotz der spätern Gesetze über die Selbsthülfe aufzunehmen.

Dieser erste Uebergang des Römischen Rechts auf die Germanischen Völker war nun übrigens nicht von langer Dauer. Die Gesetze der Ostgothen und der Burgunder fielen natürlich nach dem Untergange dieser Reiche von selbst ganz weg. Aber auch bei den Westgothen finden wir in dem spätern Gesetzbuche von der Römischen Besitzlehre weiter nichts mehr als das Gesetz Valentinian's, und zwar in veränderter Form [1]). In Italien wurden zwar nach der Zerstörung des Ostgothischen Reiches die Justinianischen Gesetzbücher eingeführt, und behielten auch nach der Eroberung Italiens durch die Longobarden,

1) Lex Visigoth. VIII. 1.

wie Savigny nachgewiesen hat, eine gewisse Geltung; allein die Longobarden selbst nahmen die Römische Besitzlehre nicht an, auch nicht Valentinian's Gesetz über die Selbsthülfe. Zwar enthält die Longobardische Gesetzessammlung einen eigenen Titel „de invasionibus“ (I, 27) mit 12 Gesetzen der Könige von Rothar († 643) bis Guido († 894), in welchen mehrere von dem sonstigen germanischen Rechte abweichende, aus dem Römischen Rechte entlehnte Bestimmungen vorkommen [1]); allein im Allgemeinen ist der germanische Standpunkt, daß der Dejicient die Sache nur herzugeben braucht, wenn er sein Eigenthum nicht beweisen kann, festgehalten. Ein höchst sonderbarer Anklang an das Römische Recht findet sich dabei in dem ersten Gesetze Rothar's [2]). Dieses bestimmt, daß wer eine Mühle auf fremden Boden baut, das Eigenthum derselben an den Eigenthümer des Bodens verlieren soll, und fügt dann als Grund den Satz aus l. 11. C. unde vi hinzu, „quia omnes scire debent, quod suum non est, id ad alium pertinere.“

In der Kirche hielt man dagegen an der Römischen Besitzlehre fest, wie sich aus mehreren Spuren, die wir davon haben, zeigt. Im J. 752 beruft sich in einem Streite der Bischöfe von Arezzo und Siena der erstere auf Valentinian's Gesetz, und zwar aus dem Justinianischen Coder [3]), und ebenso findet sich dieses in der coll. canon. Anselmo dedicata (7, 35). In der Gestalt, die es in dem spätern Westgothischen Gesetzbuche bekommen hat, findet es sich auch in den Capitularien von Benedictus Levita, und in Ivo's Decrete [4]). Der

1) Z. B. daß bei Schadenszufügungen außer der Composition noch Schadensersatz gezahlt werden soll.

2) In Rothar's Sammlg. c. 151.

3) Savigny, Gesch. II. S. 226. Rhein. Museum III. S. 458.

4) Ben. VI. (al. II.) c. 161. 353. Ivo. XVI, 301.

erstere hat außerdem auch noch l. 4. C. Th. unde vi, und der letztere beruft sich in seinen Briefen einmal auf §. 4. J. de interdictis [1]).

An diese zerstreuten Spuren von Kenntniß des Römischen Besitzrechtes schließen sich dann im XI. Jahrhunderte die beiden unmittelbaren Vorläufer der Glossatoren, Petri exceptiones und der s. g. Brachylogus, an. Beide sind zwar gerade in der Besitzlehre ziemlich dürftig, indessen zeigen sie, daß ihre Verfasser doch bereits mehr davon wußten, als sie in den Werken aussprechen. So giebt die erste Schrift von der ganzen Besitzlehre eigentlich weiter nichts, als das Gesetz Valentinian's [2]), indessen kommen gelegentlich (IV, 53) die Worte vor:

— uxor — propter nuptias donationem — non videtur possidere, quia fructuarius non possidet.

die offenbar eine weitere Kenntniß der Lehre voraussetzen. Schon etwas mehr giebt der Brachylogus. Er hat sogar schon eine Definition des Besitzes, freilich eine etwas magere (p. est corporalis rei detentio, II. 8. §. 2), ferner in III, 21. den §. 1. J. de vi bon. rapt. mit der Erwähnung von Valentinian's Gesetze, und in IV, 28. einen kurzen Auszug aus dem Institutionentitel de interdictis. In dem letztern ist es sehr auffallend, daß dem Dejicienten die Einrede der Besitzfehler, die ihm ja in den Institutionen so bestimmt abgesprochen wird, ausdrücklich eingeräumt wird. Wenn dabei nicht ein Fehler irgend einer Art unterläuft, so läßt es sich wohl nur daraus erklären, daß der Verfasser neben den Institutionen auch das Breviarium, in welchem ja jener Satz des ältern Rechts noch aufgenommen war, benutzt habe.

1) Ben. VII, 226. Ivo, ep. 204.

2) Pet. exc. III, 2 und 11. Vgl. IV, 17.

§. 12.

Die Glossatoren. Sachenbesitz.

Eine sehr sorgfältige Pflege und Bearbeitung erhielt das Römische Besitzrecht, sobald durch die Glossatoren für das Römische Recht überhaupt eine neue Blüthezeit herbeigeführt wurde. Die Glossatoren haben auf die Besitzlehre von Anfang an ein großes Gewicht gelegt, und sie fast mit einer gewissen Vorliebe behandelt. Die mancherlei Schwierigkeiten, die hier sowohl die Natur der Sache als das Römische Recht bieten, wurden von ihnen sehr bald erkannt, und wurden bald zum Gegenstande viel besprochener und bestrittener Controversen, so daß die ganze Lehre schon sehr früh in den Ruf ganz besonderer Schwierigkeit kam. Sehr bezeichnend in dieser Beziehung sind die Worte, mit denen schon die erste zusammenhängende Darstellung der Besitzlehre, die bei den Glossatoren geschrieben wurde, beginnt und schließt. Es ist dieses die Darstellung, die Rogerius in seiner Summa zum Codex im Titel de possessione giebt [1]). Hier heißt es gleich nach den ersten Einleitungsworten:

— quapropter rogatus, imo coactus a nostris sociis, cum saepius hoc a me promissum erat, veluti ab invito extorserunt, ut possessionis tractatus diligentissime exponerem. — Mihi meaeque scientiae negotium altissimum injunctum est, valdeque obscurum, tam naturali quam civili ratione permixtum, sed pro mea parvitate satisfacere legitimis rationibus adhibitis amplius non differam.

1) Die Summa ist nach Odofredus (ad l. 1. de transact.) „prima summa, quae unquam fuerit facta", und „hat also eine nicht geringe historische Wichtigkeit, indem es der erste Schritt zu einer selbstständigen systematischen Bearbeitung des Römischen Rechts war." Sie ist nicht gedruckt, die hiesige Bibliothek besitzt aber die eine der beiden davon existirenden Handschriften. Savigny, Gesch. B. 4. S. 189.

und am Schlusse der Darstellung sind die Worte hinzugefügt:

Et haec omnia edixi, prout in constitutionibus et responsis prudentium continentur, pro indagatione meae parvitatis. Si quid autem minus dictum est, vel semiplenum invenias, humanae imbecillitati potius adscribas.

Die Bemerkung, die Savigny im Anfange seines Werkes über den Besitz macht, daß die Schriftsteller über den Besitz ihrer Darstellung in der Regel Klagen über die Schwierigkeit der Lehre voraufzuschicken pflegen, findet sich also schon bei dieser ersten Darstellung bestätigt, nur daß die Klagen hier offenbar keine versteckte Lobrede auf die eigene Darstellung enthalten sollen, sondern wirklich auf einfacher Bescheidenheit beruhen.

Die Resultate, welche aus diesen Bestrebungen hervorgingen, entsprechen nun übrigens im Allgemeinen vollständig dem ganzen Standpunkte, den die Wissenschaft der Glossatoren überhaupt einnahm. Die praktischen Grundsätze für die Behandlung des Besitzes, fassen sie meistens mit unbefangenem Blicke richtig auf, namentlich wird ihre Auffassung des Römischen Rechts noch nirgends durch fremdartige Ideen getrübt; bei der theoretischen Begründung und Durchführung des Besitzbegriffes dagegen zeigen sie in der Auffassung der natürlichen Ideen und der Behandlung der einzelnen Quellenäußerungen meistens eine Beschränktheit und Ungelenkigkeit der Vorstellungen, daß man in der That oft Mühe hat, sich nur in ihre Gedanken recht hineinzudenken, und daß ihre Bestimmungen für eine freiere Wissenschaft fast ganz unbrauchbar sind.

Es bestätigt sich dieses namentlich gleich anfangs bei den allgemeinen Definitionen, die die Glossatoren vom Besitze aufstellen. Sie können hier die verschiedenen Elemente des Besitzes, das physische, intellectuelle und juristische durchaus in keinen

rechten Zusammenhang bringen; sie lassen entweder das eine oder das andere vorwiegen, oder stellen sie alle drei einfach nebeneinander. So sagt auf der einen Seite Rogerius [1]):

Possessio est positio s. assessio, cum corpus corpori incumbit, seu naturaliter assidet, quod interpretatione juris latius porrigitur.

und ähnlich Placentinus:

Possessio appellata est a sedibus; ergo proprie, et vere, et secundum idioma sermonis duntaxat naturalis possessio appellatur possessio.

auf der andern Seite Bassianus [2]):

Possessio est jus quoddam rem detinendi sibi.

Azo dagegen sucht die verschiedenen Elemente zu vereinigen, und definirt daher:

Possessio est corporalis rei detentio, corporis et animi item juris adminiculo concurrente.

und diese Definition ist auch von Accursius aufgenommen [3]).

Eben so wenig ist über den animus possidendi irgend eine Klarheit da. Rogerius geht auf die Schwierigkeiten noch gar nicht ein. Bei Placentinus, Bassianus und Azo ist die Controverse zwar bereits entwickelt, und es finden sich ähnliche Gegensätze wie noch heutzutage, allein von Lösungen der Schwierigkeiten, ja nur von genauern Versuchen ist keine Rede. Placentinus verlangt unbedingt animus domini, und erklärt jeden Besitz in fremden Namen für Detention. Er sagt:

— non procedit possessio in omnibus, qui possident nomine

1) Bei Rogerius, Placentinus und Azo sind hier und in der folgenden Darstellung stets ihre Summae ad Codicem in den Titeln über den Besitz und die Interdicte als Quellen anzusehen.

2) In Azo's Summa citirt.

3) Glosse zu l. 1. pr. de poss.

alieno, ut in procuratore, et precario possidente; colonus quoque nullo modo possidet, sed nec creditor; nec enim possidet, qui pro suo non possidet.

Consequent hätte er nun auch allen diesen die Interdicte absprechen sollen, allein ein richtiger praktischer Takt hält ihn davon zurück, und er gibt sie doch wenigstens utiliter allen:

— non dominis jus in re habentibus, ut emphyteutae, fructuario, feudatario;

wogegen er sie dem Pächter, Commodatar u. a. abspricht, freilich ohne alle weitere Begründung dieses Unterschiedes. Azo dagegen bestimmt den Besitzeswillen nur als animus sibi possidendi. Er unterscheidet zwischen „pro alieno s. ut alienum" und „nomine alieno s. alii possidere," und nimmt dann bei allen dinglich berechtigten ein „pro alieno sed sibi possidere" an. Er sagt:

Et creditor, et vasallus, et fructuarius, et similes ut alienum possident, et tamen possident sibi; sibi enim possident ratione juris quod habent in re.

Bei Miethe, Commodat u. a. läßt er dagegen nur p. nomine alieno zu. Die Begründung dieses Unterschiedes und die Beseitigung der Schwierigkeiten, die aus dem Besitze des Precaristen und Sequester, so wie umgekehrt aus der Detention des Usufructuars hervorgehen, bleibt er aber schuldig. Seine Ansicht hatte auch schon Bassianus, wie man aus der Accursischen Glosse sieht, in der sie aufgenommen ist [1].

Am auffallendsten und anschaulichsten tritt aber die Beschränktheit und Ungelenkigkeit der Glossatoren in der Auffassung allgemeiner Begriffe bei der Frage über Civil- und Natural-

1) Gl. zu l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. l. 12. pr. de poss. L. 13. pr. l. 33. §. 1. de usurpat. l. 6. §. 2. de precar.

besitz hervor. Die Frage hat bei ihnen keineswegs die Bedeutung nur einer Frage über den Sprachgebrauch der Römer, sondern sie bildet eigentlich die Grundlage ihrer ganzen Besitztheorie, und enthält daher eigentlich den Schlüssel zum Verständniß ihres ganzen theoretischen Standpunktes. Ihre Ansichten über dieselbe waren bereits sehr getheilt, wir kennen vier wesentlich verschiedene Theorien darüber; indessen waren es doch vorzugsweise zwei Ansichten, die allgemeinere Verbreitung unter ihnen hatten, und die daher auch in den nachfolgenden Jahrhunderten noch lange die herrschenden bleiben. Es sind dieses die von Placentinus, namentlich in ihrer Ausbildung durch Bassianus, und die von Azo. Beide gehen von dem sonderbar engen Gesichtspunkte aus, daß der etymologischen Bedeutung des Wortes possessio zufolge natürlicher Weise nur der Besitzer sei, der ganz unmittelbar körperlich oder physisch die Sache detinire, jede anderweitige Annahme eines Besitzes dagegen, also jeder Besitz solo animo, nur durch juristische Fiction begründet werden könne. Aus dieser Unterscheidung leiten beide den Unterschied von Natural- und Civilbesitz ab, indessen weichen sie in der nähern Bestimmung doch bedeutend von einander ab.

Placentinus und Bassianus beziehen den Unterschied geradezu auf den Unterschied von corpore und animo possidere, und nehmen daher an, man könne entweder civiliter und naturaliter zugleich, oder civiliter oder naturaliter allein besitzen. Placentinus sagt:

> Ecce enim, si quis annulum in digito habet, et civiliter possidet, i. e. animo, et naturaliter i. e. corpore. Civiliter solummodo quis possidet puta saltus hibernos, quos nullus alius detinet.

In Betreff des bloßen Naturalbesitzes nöthigte ihn nun aber

seine Annahme über das Erforderniß des animus domini beim Besitze zu der Consequenz, daß der bloße Naturalbesitz eigentlich doch gar kein Besitz sei, und so kommt er denn zu dem scheinbaren Widerspruche, daß er erst sagt:

Possessio appellata est a sedibus; ergo proprie, et vere, et secundum idioma sermonis duntaxat naturalis possessio appellatur possessio.

und dann umgekehrt:

Haec profecto naturalis poss. in jure nostro non recte dicitur absolute poss., sed est oppositio in adjecto. Ut enim quis possideat tantum naturaliter, legibus subtiliter inspectis, et ad vivum consideratis, ut reor, esse non potest.

Etwas anders, d. h. noch crasser, führte Bassianus den Standpunkt durch. Er trennte die beiden Bestandtheile des Besitzes, animus und corpus, ganz vollständig, so daß er geradezu zwei ganz selbstständige Arten von Besitz daraus machte. Odofredus [1]) sagt von ihm:

Dixit *Johannes (Bassianus)*, duae sunt possessiones ejusdem rei, et duae substantiae possessionis ejusdem rei, una civilis et alia naturalis. Nam si possideo istam rem animo et corpore, ex ea parte, qua possideo animo, possideo civiliter, ex ea parte, qua possideo corpore, possideo naturaliter. — igitur apparet, quod aliquis potest possidere civiliter et naturaliter, vel civiliter tantum, vel naturaliter tantum.

Die Begründung dieser Theorie in den oben angegebenen Ideen giebt Odofred dann in folgender Stelle.

— respondebat Johannes, ea (poss.), quae consistit in

1) Im Comm. zu l. 4. C. de poss. n. 12. Wir kennen Bassian's Ansichten nur durch Odofred und die Accursische Glosse.

animo, dicitur civilis, quia veritate inspecta non possidemus, sed fictione juris fingimur possidere; sed ea quae consistit in corpore, dicitur naturalis, quia naturalibus intervenientibus, sedendo et palpando quaeritur et retinetur.

Wie ernstlich aber Bassian diese Trennung meinte, sieht man daraus, daß er für den Fall, daß Jemand beide Arten Besitz zugleich habe, die Consequenz annahm [1]:

— possum tradere civilem sine naturali, et naturalem sine civili, — quia duae sunt possessiones diversae, sicut si binas aedes habeo, unam possum vendere et tradere [2].

Der Hauptfall einer solchen Tradition des Naturalbesitzes ohne den Civilbesitz ist ihm dann der abgeleitete Besitz, wozu er alle Detention aus dinglichem Rechte zählt. Es heißt darüber:

— secundum Jo. duos in solidum possidere — unus civiliter, alter naturaliter, sicut fructuarius et proprietarius, item dominus et vasallus, item dominus et emphyteuta [3].

Verschieden davon ist die Hingabe an den Pächter und Commodatar, die gar keinen Besitz, sondern bloße Detention haben, weshalb es in der Gl. „licet" zu l. 1. §. 3. de poss. heißt:

Non omnis detentatio est possessio, sed triplex est; nam alia civilis, alia naturalis, alia detentatio, qualem etiam habet colonus.

Wie ganz abentheuerlich diese Theorie ist, bedarf keiner Ausführung; namentlich ist der abgeleitete Besitz unklar gedacht, da er auf dem corpore possidere im Gegensatz des animo possidere beruhen soll, und dann doch wieder durch den animus

1) Bei Odofredus im Comment. zu l. 10. C. de poss. n. 5.

2) Gl. zu l. 10. C. de poss. n. 5.

3) Gl. „ex contrario" zu l. 3. §. 5. de poss. Ebenso Gl. „non possit" zu l. 4. C. eod. a. E.

von der Detention unterschieden wird [1]). Dennoch scheint sie unter den Glossatoren große Verbreitung gehabt zu haben. Accursius nennt Albericus und Hugolinus in der Regel neben Bassian als Vertheidiger derselben [2]), und Odofredus sagt gar davon:

— ita dixit Johannes cum suis sequasibus, et ita omnes antiqui dixerunt usque ad tempora domini Azonis.

Dieses letztere ist indessen nicht richtig, da die Azonische Theorie sich bereits bei Rogerius, Jacobus und Aldricus nachweisen läßt. Azo führte sie nur genauer aus, und galt daher später als ihr Hauptvertreter.

Diese Azonische Theorie beruht nun hauptsächlich darauf, daß Azo die beiden Bestandtheile des Besitzes, animus und corpus, nicht so trennt, wie Placentin und Bassian. Er nimmt zwar natürlichen Besitz auch nur bei unmittelbarer körperlicher Detention an; allein er faßt den Willen gleich als wesentlich nothwendige Zuthat zu dieser Detention auf, und läßt daher den Civilbesitz erst dann entstehen, wenn man nach Verlust der unmittelbaren Detention noch solo animo fortbesitzt. Er sagt daher:

Haec talis possessio, quam quis corpore suo et animi affectu adipiscitur, naturalis est i. e. de jure naturali [3]).

1) Es ging daraus namentlich die Frage hervor, von der es in der Gl. „ex contrario" zu l. 3. §. 5. de poss. heißt: „quid, si ille qui habet naturalem tantum, ut vasallus et similes, alii det in feudum vel emphyteusin, an habeat postea civilem? responde secundum Johannem, naturalem transferre. Bei bloßer Entfernung des Naturalbesitzers von der Sache nahm Bassian indessen nach Gl. „non possit" zu l. 4. C. de poss. Fortdauer des Besitzes für ihn solo animo an.

2) So namentlich in der Gl. „non possit" zu l. 4. C. h.: Alii, et Al., Jo. et Hu. dicunt quod duae sunt possessiones, civilis, quae pervenit ex animo, naturalis, quae ex actu.

3) Aehnlich sagt Rogerius: naturaliter possidetur a te, cum corpore et animo corpus teneas.

Dann aber fährt er fort:

Ubi autem quis de praedio egreditur, nec est in conspectu, lex dicit retineri possessionem. Et intelligunt quidam civilem; ego naturalem, quam habebat existens in praedio. Illam tamen naturalem, quam retineo animo, firmiter dico posse dici, et vere dicitur civilis, quia juris civilis auctoritate retinetur [1]).

Demgemäß verwirft er denn auch die Concurrenz von Civil- und Naturalbesitz in einer Person:

— non videtur, quod eodem tempore possideat quis civiliter et naturaliter, quod et Aldricus dicebat.

Kaum glaublich ist aber der Streit, den die Anhänger dieser Ansicht darüber führten, wann der Naturalbesitz in Civilbesitz übergehe. Hier heißt es zunächst [2]):

Dicunt quidam, quod statim cum desinit insistere, vel tenere, desinit possidere. In partibus ergo, quibus insistit, naturaliter possidet, in aliis civiliter, quod non placet R(ogerio).

Etwas weiter ging Aldricus:

Aldricus dixit, quod statim cum exit de fundo, amittit naturalem, et acquirit civilem in ipso exitu; cum autem redit in fundum, amittit civilem, et recuperat naturalem [3]), — quare millies in die potest quis amittere et recuperare possessionem [4]).

noch weiter Azo selbst:

1) Rogerius: — apparet, hanc poss. juris esse, quae solo animo retinetur, — quamvis enim alius corpore in poss. sit, tamen potior est tua civilis poss., quam illius corporalis detentio.

2) Gl. „quia" zu l. 1. §. 1. de poss.

3) Gl. „quia." zu l. 1. §. 1. de poss.

4) *Haenel*, dissens. domin. p. 135.

Civiliter dicitur quis possidere, cum nec est in re, nec res est in conspectu.

am freiesten faßte Jacobus die Frage auf:

Tunc amittit (naturalem possessionem), cum alius adprehendit. Nam hoc solo, quod exit a possessione, et longe se separavit, quum habuerit animum retinendi possessionem, non amittit. Jac(obus) [1].

Bei der Uebertragung der unmittelbaren Detention an andere unterschied Azo, wie Bassian, ob der Empfänger ein dingliches Recht habe oder nicht. Im erstern Falle bekomme er den Naturalbesitz, und der Eigenthümer behalte den Civilbesitz, im zweiten behalte der Eigenthümer durch den Detentor auch den Naturalbesitz [2].

Wie unnatürlich und innerlich inconsequent auch diese Theorie noch ist, liegt am Tage. Doch steht sie schon eine Stufe höher, als die Bassianische. Sie wurde daher nach Azo auch von Roffredus vertheidigt [3], und ist denn auch in die Accursische Glosse aufgenommen, obgleich Accursius eigentlich gar keine recht feste Ansicht hat, sondern in größter Verwirrung wo möglich von allen etwas annimmt [4]. Besonders

1) *Haenel*, dissens. domin. p. 135.

2) — habet civilem poss. proprietarius, qui rem alii concessit fruendi causa vel in emphyteusin. Fructuarius vero vel emphyteuta naturalem habent poss. — colonus alieno nomine possidet, — pro me habet naturalem poss., ergo ipsam habeo per eum. *Azo*, summa. n. 15. Wie bei Bassian entstand natürlich auch hier die Frage, ob der Naturalbesitzer durch Entfernung von der Sache oder Verleihung derselben an andere seinen Naturalbesitz verliere. Azo macht dabei dieselbe inconsequente Unterscheidung wie Bassian (n. 6. u. 17.). Indessen war darüber Streit. Er sagt n. 21.: dicunt quidam, eos (emphyt. fruct.) habere quandam civilem respectu naturalis; sed quae vel qualis sit ista „quaedam civilis," lex non dicit, nec nos intelligere possumus.

3) Tract. ord. judic. Tit. de interd. U. V. n. 2. 5.

4) Gl. „quia" und „ait" zu l. 1. §. 1. de poss. Gl. „ex contrario" zu

geistreich ist seine Vereinigung der Ansichten über die Einheit und Zweiheit des Besitzes:

— una est possessio secundum Pl. et Az., at Jo. et alii dicunt, duas esse, — *quod est tutius.*

Außer diesen beiden Haupttheorien über Civil- und Naturalbesitz findet sich nun nur noch in der Gl. „civiliter" zu l. 1. §. 9. de vi, die Bemerkung, Irnerius habe den Unterschied durch juste und injuste possidere erklärt [1]); und nach einer von Savigny (S. 165) citirten Glosse soll Martinus ihn dem Unterschiede von pro suo und pro non suo possidere gleichgestellt haben. Ueber beide Ansichten wissen wir aber durchaus nichts näheres, und nach den obigen Angaben können sie keinenfalls größere Verbreitung unter den Glossatoren gehabt haben. Von sonstigen Theorien, namentlich von Beziehungen des Unterschiedes auf die Wirkungen des Besitzes, insbesondere auf die Usucapion, ist durchaus nicht die geringste Spur [2]).

Diese Bemerkungen werden genügen, um ein Bild von dem theoretischen Standpunkte der Glossatoren zu geben, und das oben darüber ausgesprochene Urtheil zu begründen. Befriedigender ist ihre Behandlung des rechtlichen Schutzes des Besitzes. Von einer innern Begründung des Besitzesschutzes aus der Natur des Besitzes selbst ist zwar auch nicht die entfernteste Spur; die einzelnen praktischen Bestimmungen selbst fassen sie dagegen meistens richtig auf, und wenn es auch an einzelnen Sonderbarkeiten auch hier nicht fehlt, so halten sie

l. 3. §. 5. eod. Gl. „non possit" zu l. 4. C. eod. Gl. „nemo" zu l. 10. C. eod.

1) Auch Vacarius hatte diese Ansicht. *Wenck*, mag. Vac. p. 297.

2) Savigny (S. 158) nimmt es zwar von Bassianus an. Allein er hat dabei die oben citirten Stellen wohl unbeachtet gelassen.

sich doch hier von bedeutendern durchgreifenden Irrthümern ziemlich frei.

Was zunächst den allgemeinen Umfang des Besitzesschutzes betrifft, so sind ihnen die Stellen, wonach es neben den Interdicten auch Actionen von rein possessorischem Charakter für den Besitz giebt, nicht entgangen. In den zusammenhängenden Darstellungen in den Summae ist zwar keine Rede davon, da diese sich ganz an den Inhalt der einzelnen Titel halten, dagegen heißt es bei l. 15. §. 1. de cond. indeb. zu den Worten „ut vel“:

Nota, hic ad poss. recuperandam actionem personalem dari, quod raro est, sed interdicta dantur.

ebenso zu l. 2. de cond. tritic. zu dem Worte „condici“:

Ergo per actionem personalem et civilem possessio petitur, sicut in l. 15. cit.

Deshalb werden denn auch schon in der l. 1. §. 4. uti poss. die Worte „per actionem“ auf diese Klagen bezogen:

Dic civilem, ut per condictionem indebiti et triticariam, vel sine causa.

Selbst in der l. 23. §. 2. ex qu. c. maj. ist der possessorische Charakter anerkannt.

Dagegen ist aber bei ihnen auch kein Zweifel, daß der Schutz des Besitzes durch diese Klagen wie durch die Interdicte nur auf den eigentlichen Besitz, nicht auf die Detention zu beziehen sei. Es findet sich dieses bei den drei Summisten wie bei Roffredus und in der Accursischen Glosse. In der letztern wird namentlich bei der l. 1. §. 10. de vi zu den Worten „non tamen si colonus“ die Bemerkung gemacht:

Scil. „dejiciatur, poterit interdicto uti,“ quia non possidet, nisi prius intervertat possessionem ut in l. 12. et 18. h. t.

Indessen wurde allerdings die Ansicht, daß auch der Detentor

einen gewissen Schutz seiner Detention haben müsse, bereits mehrfach geltend gemacht, namentlich glaubten manche, wie z. B. Hugolinus, Roffredus, Accursius, daß sich aus Stellen wie l. 27. de donat., l. 19. pr. de H. P. l. 1. C. 11. 49. allenfalls ein Anspruch des Detentors an das allgemeine officium judicis begründen lasse. So sagt insbesondere Roffred [1]):

Quaeritur, — qualiter iis (colonis etc.) remotis a detentatione subveniatur. Respondeo — forte officio judicis ut l. 1. C. 11. 49 [2]).

fügt dann aber hinzu:

— quidam dicunt, quod habent utilem condictionem ex l. 7. C. de vi, ut dicant „possessionem i. e. detentionem," et ducunt in arg. l. 14. C. 11. 47.

Nach Odofredus [3]) soll auch Bassianus zu diesen quidam gehört haben.

Von den einzelnen Interdicten wird das interd. U. P. übereinstimmend als Klage auf Schutz des Besitzes gegen Störung aufgefaßt. Die beiden Fälle, ob der Gegner den Besitz für sich behauptet, oder nur einfach stört, werden zwar unterschieden, aber einander durchaus gleich gestellt. Von einer Beschränkung der Klage auf die Vorbereitung der Vindication ist keine Rede. So giebt namentlich schon Rogerius das Interdict gleichmäßig:

— sive in judicio, cum de proprietate litigatur, adversarius possessionis controversiam faciat, sive extra judicium faciat, quominus liberam possessionem relinquat, veluti possidentem aedificare vel alias uti probibeat [4]).

1) Tr. ord. jud. lib. VIII. de l. 7. C. de vi. n. 22.

2) Gl. „facile" zu l. 19 cit.: — forte judicis officio secundum H(ugolinum), et ideo dicit „non facile."

3) Comment. zu l. 7. C. de vi. n. 17.

4) Ebenso Azo: Proponitur, quoties — alteruter magis se possidere

Höchst unklar sind dagegen die Ansichten über den Inhalt und die Form des richterlichen Urtheils bei der Klage. Rogerius sagt zwar noch ganz einfach:

— facienda est condemnatio, quanti actoris interest possessionem retinere.

allein bei den spätern ist die Ansicht ganz allgemein, daß der Inhalt des Prätorischen Befehls den Inhalt des Urtheils bilden müsse, nur stritt man darüber, auf welche Weise. Manche sagten, das Urtheil müsse stets geradezu wie der Prätorische Befehl lauten „uti possidetis ita possideatis“; andere wollten dieses auf die Fälle beschränken, wo der Richter keine bestimmte Entscheidung treffen könnte; noch andere, namentlich Placentinus und Azo, verwarfen jene Urtheilsform ganz und verlangten stets eine bestimmte Zuerkennung des Besitzes an den Sieger, und daneben dann Verurtheilung des Besiegten auf das Interesse des Besitzes und Verbot fernerer Störung. So sagt Azo:

Pronunciabit judex „me ita possidere uti possideo,“ singulari utendo sermone[1]), et te condemnabit ad aestimationem possessionis, item possidenti prohibebit vim fieri.

Auch Accursius verwirft jene Urtheilsform, giebt aber statt dessen folgende sonderbare Idee:

affirmat, sed etsi — alter tantum possidere se contendat, dicatque, se ab altero inquietari. S. auch Gl. „nec vi“ zu l. un. C. uti poss.

1) Ueber das Verhältniß des Singulars zum Plural bei der Formel findet sich bei Placentinus folgende Bemerkung: Pronuntiabit judex „uti possidetis, ita possideatis.“ Hoc, inquam, faciet, si pro pluribus pronuntiet; si vero pro uno debuerit pronuntiare, transfuso plurali in singulare sufficit dicere „uti possides, ita possideas“. Verum hodie honoris causa Lombardi, cum loquuntur cum uno tantum homine, dicentes „veniatis“ vel simile, utuntur plurativo sermone, quia istae voces honorabiles coeperunt a Caesare. Offenbar meint er mit Caesar den Kaiser; schon Azo, der die Bemerkung abschreibt, versteht aber darunter Julius Cäsar, und Odofredus fabelt dann später eine ganze Geschichte dazu.

— dicat judex „quia inveni istum esse potiorem, ideo condemno hunc, ut illum non inquietet;" cui sententiae si contumaciter non pareatur, condemnabitur contumax in aestimationem possessionis.

Er stellt also eigentlich bis auf einen gewissen Grad das Princip des alten Interdictenverfahrens wieder her [1]). Welche Ansicht die vorherrschende geworden sei, läßt sich nicht sagen. Jedenfalls sieht man indessen, daß es allgemeine Ansicht war, daß mit der Verurtheilung auf das Interesse des Besitzes das Verbot fernerer Störungen verbunden werden müsse. Daß aber dieses Verbot auch durch Cautionsleistungen oder Strafandrohungen gesichert werden müsse, davon ist durchaus noch keine Rede. Die Schlußworte der l. un. C. uti poss. bezog man noch nicht hierauf [2]).

Eigenthümlich ist auch die Behandlung der Besitzfehler. Nach der Ansicht, daß man beim Verluste der Detention doch noch immer den Civilbesitz behalten könne, hätte man eigentlich einen Dejicirten wegen seines fortdauernden Civilbesitzes sowohl als Kläger als Beklagten im Interdicte siegen lassen sollen. Dieß scheint auch Rogerius anzunehmen, wenn er sagt:

— qui ab adversario vi possidet hoc interdicto inferior est; potior enim est illius civilis possessio, quam adversarii naturalis detentio.

Allein da dem Dejicirten der wirkliche Besitz in den Pandekten gar zu entschieden abgesprochen wird, so nahmen Placentinus, Azo und andere an, daß das Civilrecht in diesem Falle die Fortdauer des Besitzes bei bloßer Fortdauer des animus doch nicht fingire, und zogen daraus dann die weitere Con-

1) Vgl. Gl. „prohibebit" zu l. un. C. uti poss. und Azo's Summa uti possid. n. 18. 19.

2) S. darüber Gl. „satisdationis" zu l. un. C. uti poss.

sequenz, daß, da das Interdict Besitz zur Zeit der lit. cont. voraussetze, der Dejicirte es nicht anstellen könne. Eben so wenig geben sie es indessen dem Dejicienten, im Fall er vom Dejicirten im Besitze gestört würde. Doch scheinen sie in einem solchen Falle einfache Abweisung des klagenden Dejicienten, nicht auch Verurtheilung desselben zur Restitution des Besitzes angenommen zu haben. Wenigstens wird es nirgens gesagt, und Roffredus sagt z. B.

— dico, quod domum illam possides a me vi, quia me expulisti. Si confitebitur actor, reus absolvitur [1]).

Vom Summariissimum ist noch keine Spur.

Beim interd. U. V. ist wenig zu sagen. Die Glossatoren fassen es im Allgemeinen ganz in der oben dargestellten Weise auf. Sie geben es übereinstimmend nur dem Besitzer, nur gegen den Dejicienten und seine Theilnehmer, nur bei Immobilien, nur bei gewaltsamer Dejection, mit einjähriger Verjährung. Hervorzuheben ist daher nur eine Bemerkung von Roffredus:

Reprobatur quorundam advocatorum opinio, in qua fuit etiam P(illius), quod si aliquando probo, me possedisse rem, quae ad te pervenit, praesumitur, me possidere et a te violentiam mihi illatam, nisi probes, qualiter possideas sine vitio arg. l. 16. C. de probatt.

Die hier ausgesprochene Mißbilligung der Glossatoren war nämlich keineswegs im Stande, diese Präsumtion aus der Praxis zu verdrängen. Sie setzte sich vielmehr später, wie sich unten zeigen wird, erst recht fest.

Mit besonderer Wichtigkeit behandeln die Glossatoren Va-

1) Placent. und Azo in den Summae. Roffredus im tr. jud. de interd. U. P. n. 4. Gl. „possides" zu l. 1. §. 9. uti poss. Gl. „nec vi" zu l. un. C. uti poss. Odofred im Comment. zu l. un. C. uti poss. n. 9.

lentinians Gesetz über die Selbsthülfe. In den Summae, wie bei Roffred und Accursius ist dieselbe besonders weitläufig ausgeführt, am weitläufigsten bei Roffred. Ihr Standpunkt ist dabei im allgemeinen der, es nicht als eine einfache Strafbestimmung aufzufassen, die die bisherigen Besitzgrundsätze ungeändert läßt, sondern sie leiten daraus eine eigene condictio ex lege ab, die, wie es bei Accursius heißt:

— simul pro possessione et pro proprietate est, quod est mirabile.

Sie beschränken dieselbe aber, wie das Interdict, auf Besitz, auf Dejection und auf den Dejicienten, so daß sie, abgesehen von der Strafe und der Anwendung auf Mobilien, eigentlich ganz mit dem Interdicte zusammenfällt. Indessen suchte man, um das Interdict dadurch nicht ganz überflüssig zu machen, noch allerlei weitere Unterschiede zwischen beiden aufzustellen, namentlich, daß die condictio stets perpetua sei, daß bei ihr, da sie zugleich petitorisch sei, die Appellation durch l. 1. C. 7. 69. nicht ausgeschlossen sei, daß sie nicht, wie das Interdict, auf alle Accessionen und vollständigen Schadensersatz gehe u. a. m.

§. 13.

Besitz der Rechte.

Dem Besitze der Rechte haben die Glossatoren noch wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Die Summae geben nur gelegentlich kurze Bemerkungen darüber, ebenso die Accursische Glosse, unter den Dissensiones kommt er gar nicht vor. Die einzige längere Ausführung darüber findet sich bei Roffredus. Indessen genügen diese wenigen Zeugnisse doch, um ein ziemlich sicheres Bild von dem Standpunkte der Glossatoren bei dem Gegenstande zu bekommen.

So ist es zunächst sehr bezeichnend, wenn sich bei Rogerius über den ganzen Besitz der Rechte überhaupt noch weiter gar nichts findet, als die Bemerkung, daß er einer der Fälle sei, wo der natürliche Begriff des Besitzes „interpretatione juris latius porrigitur". Er sagt nämlich:

— incorporalia proprie possideri non possunt, sed quasi possessio ex juris civilis interpretatione in his recepta est.

Placentinus und Azo geben über den Begriff der quasi possessio an sich gleichfalls nicht mehr, als daß bei unkörperlichen Sachen ein Besitz nicht vere, sondern nur quasi stattfinden könne. Dagegen aber haben sie bereits beide die Ansicht, daß das interd. U. P. auf die Prädialservituten angewendet werden könne [1]). Das interd. U. V. scheinen sie dagegen nicht dafür zuzulassen, wenigstens nennt es Azo nicht mit, und auch Placentinus scheint bei den Worten:

— utile (interd. U. V.) datur etiam juris possessori —

im Titel de vi nur an diejenigen Rechte, die Detention der Sache geben, zu denken. Den gleichen Standpunkt hat auch Accursius. Auch er läßt sich auf den Begriff und Umfang des Besitzes der Rechte im allgemeinen nicht näher ein [2]), doch macht er bei l. 9. de H. P. die Bemerkung:

Incorporalia, ut servitutes, improprie quis dicitur possidere, et magis improprie creditor jus quod habet in debito, impropriissime, cum ipse debitor dicitur hoc jus possidere.

Dem entsprechend ist bei den Stellen, die von langjähriger

1) Placentin sagt im Tit. uti poss.: „Servitutum quoque realium quasi possessoribus hoc interdictum utile attribuitur arg. l. 4. uti poss. et l. 20. de servit. Aehnlich im Tit. de servit. Vgl. Azo's Summa de interd. n. 6. unde vi. n. 7. uti possid. n. 3.

2) Gl. zu l. 3. pr. de poss. l. 7. de itinere. l. 14. de servit. l. 2. comm. praed.

Zahlung von Zinsen, oder Leistung von Diensten sprechen [1]), keine Rede von Besitz, nicht einmal bei der Stelle de liberali causa. Die Anwendbarkeit des interd. U. P. auf Servituten erkennt [2]) auch er an, die des U. V. läugnet er dagegen wegen l. 4. §. 27. de usurp. entschieden [3]). Doch heißt es von der l. 7. C. de vi:

Quaeritur — an in juribus praediorum locum habeat condictio ex l. 7.? Videtur quod non, ut l. 4. §. 27. de usurp., et hoc dicit Jo(hannes Bass.), quod potest esse verum de mero jure, sed utilis habet locum secundum l. 20. de servit.

Hält man diese einzelnen Aeußerungen zusammen, so sieht man deutlich, daß die Glossatoren im Ganzen auch bei der Lehre vom Besitze der Rechte durchaus auf dem Boden des Römischen Rechtes stehen bleiben, wenn auch, wie z. B. bei der Anwendung der Sachenbesitzinterdicte auf die Servituten, mit einzelnen irrigen Auffassungen. Indessen konnte es doch kaum ausbleiben, daß die Ansichten über eine größere Ausdehnung der quasi possessio, die im Canonischen Rechte im Anfange des XIII. Jahrhunderts bereits ganz feststanden, im einzelnen nicht auch auf die Glossatoren ihren Einfluß auszuüben angefangen hatten. Zwei Nachrichten, die wir darüber haben, bestätigen dieses denn auch vollständig.

Die eine ist in den Quaestiones aureae von Pillius. Dieser hat in nro. 21. folgenden Fall. Ein Bauer hat ein Gut gepachtet, hat aber außer dem Pachtzinse 30 Jahre lang dem Eigenthümer auch noch gewisse Dienste geleistet. Endlich

1) L. 6. D. l. 6. 7. C. de usuris. l. 28. C. de pactis. l. 31. de operis libert. Auch in Betreff der Verjährung nahm man hier keinen Besitz an.

2) Gl. zu l. 20. de servit. l. 8. §. 5. si serv. l. 1. pr. uti poss.

3) Gl. „fructuario“ zu l. 3. §. 13. de vi.

findet er in seinem Pachtcontracte, daß er sie nicht mitversprochen hat, und verweigert daher ihre fernere Leistung, weshalb ihn der Eigenthümer verklagt. Pillius entscheidet nun:

Mihi videtur distinguendum, qualiter dominus agat, utrum judicio possessorio, ut illa qualis qualis possessio, quam habuerit, restituatur, an agat personaliter ad servitia. In primo casu sine personarum distinctione pronuntio, eum ad illam qualem qualem possessionem restituendum arg. l. 1. §. 2. de itinere. In secundo etc.

Hier ist also ein Besitzesschutz sogar bei einer rein persönlichen Forderung angenommen, wenigstens ist nirgens die geringste Andeutung, daß es sich um eine Reallast handle, und keinesfalls darauf Gewicht gelegt. Es ist dies um so auffallender, weil Pillius in der weitern Entscheidung für die Verjährung keinen Besitz annimmt, sondern der allgemeinen Lehre gemäß sagt:

— transcursu temporis non constituitur debitum, quod non est, arg. l. 28. C. de pactis.

Daß nun aber diese Entscheidung keineswegs ganz vereinzelt dasteht, sieht man aus dem Tractatus ordinis judiciarii von Roffredus. Dieser giebt in den Titeln über die Interdicte U. P. und U. V. eine lange Ausführung über die Anwendbarkeit der Interdicte auf den Besitz der Rechte, namentlich der Rechte auf certi reditus, servitia quae praestant rustici, jus colligendi pedagium, jus patronatus. Beim interd. U. V. leitet er dabei die Untersuchung mit den Worten ein:

— est quaestio ista utilis et multum de ea tota die dubitatur,

und gibt dann über die Praxis seiner Zeit die Bemerkung:

Advocati mei temporis et judices ita servant hodie, ut proponant [1]) utile interd. U. V., vel utilem actionem sub-

1) Dieses bezieht sich auf die Form der Klaglibelle, wofür R. folgendes

rogatam in locum interdicti [1]), vel utilem constitutionem „si quis in tantam.“ (d. h. utilem condictionem ex l. 7. C. de vi.)

Indessen, sagt er, sei die Frage doch sehr bestritten. Sie sei namentlich erst vor kurzem in Bologna bei einem Processe zweier Klöster verhandelt, wo das eine die quasi restitutio cujusdam annuae procurationis von dem andern gefordert, und deshalb ein judicium quasi possessorium angestellt habe. Sein Lehrer Azo habe das verklagte Kloster vertheidigt, Huguccio [2]) aber, der judex et assessor bei dem Streite gewesen sei, habe dasselbe verurtheilt. Azo habe die Klage deshalb verworfen, weil bei der Verweigerung einer Leistung von keiner Restitution die Rede sein könne. Nur dann, wenn das wirkliche Recht auf die Leistung erwiesen wäre, oder wenigstens wegen langjähriger Ausübung nach l. 6. de usuris präsumirt werden müsse, enthalte die Verweigerung eine Entziehung oder Störung des Rechtes oder seines Besitzes, und sei daher eine

Formular giebt. Libellus. Vobis domino A. conqueror ego R. de M., a quo peto restitutionem vel quasi juris, v. c. ut praestet singulis annis caponem vel spallum, a quo jure me spoliavit vel quasi, unde restitutionem vel quasi peto. *Ad hoc propono* interdictum U. V. utile, vel actionem subrogatam etc.

1) Diese ut. act., die sich Dunker in der Zeitschr. f. Deut. R. B. 2. S. 100. nicht erklären kann, beruht lediglich auf den Worten des §. 8. J. de interd. „hodie perinde sine interdictis judicatur, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.“ So sagt Placentinus: quia solennia recesserunt, ad instar interdictorum res agitur per act. in factum surrogatam in locum interdicti.

2) Roffr. sagt „dominus Hugo.“ Darunter könnte auch Hugolinus, Roffred's Lehrer, verstanden werden. Allein Durantis, der die ganze Stelle von Roffred in sein Spec. jur. lib. 4. de rest. spol. aufgenommen hat, sagt: coram Hugo., peritissimo doctore decretorum, — episcopo Ferrariensi, qui judex erat in causa. Dieses kann nur Huguccio sein. Auch hätte Hugolinus als Laie nicht wohl Richter in einem Processe zwischen zwei Klöstern sein können.

Anwendung der Interdicte zulässig. An sich verwarf danach eigentlich auch Azo die Annahme des Besitzes und der Besitzesklagen bei solchen Rechten nicht, nur glaubte er hier zum Besitze des Rechtes das Dasein desselben selbst voraussetzen zu müssen. Mit Recht hielt ihm dann freilich Huguccio entgegen, er vermische das petitorium und possessorium; denn wenn das Recht überhaupt besessen werden könne, so könne es im possessorium nur auf seinen Besitz, nicht auch auf seine rechtliche Zuständigkeit ankommen. Roffredus fügt diesem Urtheile des Huguccio die Bemerkung bei:

Ita dixit Hugo., et eum hodie multi sapientes sequuntur.

Er selbst blieb aber doch bei der Ansicht seines Lehrers Azo.

Eine genauere Bestimmung des Umfanges des Besitzes der Rechte giebt Roffred weiter nicht, namentlich erklärt er sich nicht einmal darüber, ob dingliche Radicirung zu der Verpflichtung zur Annahme des Besitzes nothwendig sei. Dagegen geht er auf die Frage, wie bei solchen Rechten eine Störung oder Entziehung des Besitzes geschehen könne, näher ein. Er nimmt sie sowohl aus der Person des Pflichtigen als eines Dritten an. Der Pflichtige entziehe den Besitz durch Verweigerung der Leistung 1), ein Dritter störe den Besitz, wenn er den Pflichtigen an der Leistung hindere, oder sich das Recht zuschreibe, und dem Pflichtigen die Leistung verbiete, Entziehung des Besitzes sei es aber, wenn er sich die Abgabe selbst wirklich leisten lasse.

1) Hierüber, daß nämlich, sofern überhaupt eine Besitzentziehung bei solchen Rechten möglich sei, jedenfalls die Verweigerung der Leistung eine solche enthalte, und daß dann auch der Mangel einer eigentlichen Gewalt kein Hinderniß für die Zulassung eines interd. U. V. utile sei, scheint auch gar kein Streit gewesen zu sein. Namentlich liegt diese Annahme dem ganzen obigen Processe zu Grunde.

Höchst auffallend ist übrigens, daß Roffred bei der ganzen Ausführung sich nirgends auf das Canonische Recht beruft, was ihm doch durch die Beschaffenheit des an die Spitze gestellten Processes besonders nahe gelegt war. Dunker, in der oben citirten Stelle, hat daraus gefolgert, daß man in jener Zeit im Canonischen Rechte überhaupt noch gar keine neue vom Römischen Rechte abweichende Bestimmungen gesehen habe. Allein dies wird durch einen Blick in Roffreds eigenes Werk über das Canonische Recht, wie unten zu zeigen ist, vollständig widerlegt. Die wahrscheinliche Erklärung ist wohl, daß Roffred zur Zeit, wo er jene Ausführung schrieb, noch nicht so viel Kenntnisse im Canonischen Rechte besaß, um es zu eigentlichen Deductionen zu benutzen [1]). Roffred war anfangs reiner Romanist, und wurde erst später, als er seine Professur niedergelegt hatte, und dann aus dem Dienste des Kaisers in den des Pabstes übergegangen war, auch Canonist [2]). Die ersten Bücher des ordo judic. schrieb er nun aber noch als Professor in Arezzo, das Werk über das Canonische Recht dagegen erst in seiner spätern Lebenszeit [3]). Daß der Grund hierin liegt, wird dadurch bestätigt, daß er sich im achten Buche des ordo jud., welches er erst in der Zeit seines Päbstlichen Dienstes schrieb (a. 1235), für den Besitz der Rechte bereits vorzugsweise auf das Canonische Recht beruft. In dem Titel über die l. 7. C.

1) Einzelne Citate kommen freilich öfter vor. Indessen könnten diese auch spätere Nachträge sein, um so mehr, da auch der Liber extra citirt wird, und die ersten Bücher des Werkes noch vor Abfassung des lib. X. geschrieben sind.

2) Ja selbst in seinem Werke über das Canonische Recht erklärt er mehrfach keine vollständige Kenntniß desselben zu haben, so namentlich am Schlusse: Haec — corrigenda doctoribus meis in jure canonico relinquo, et ipsi suppleant, quod mihi juris canonici scientia non ministret.

3) Es ist dies Alles von Savigny nachgewiesen. Gesch. Bd. 5. S. 163—184.

de vi heißt es hier bei der Anwendung derselben auf Servituten:

quod jura possidentur, i. e. quasi possidentur, habes in c. 3. C. 2. qu. 2. etc. etc., ex quibus colligitur, quod jura sint restituenda spoliatis, et quod a jure quis possit restitui, sicut a jure praesentandi, colligendi reditus etc.

Dritter Abschnitt.

Das Canonische Recht.

§. 14.

Einleitung.

Die Ausführungen im zweiten Abschnitte haben gezeigt, daß die Römische Besitztheorie durch die Glossatoren zunächst in ihrer vollen Reinheit, frei von fremdartigen Beimischungen, von Neuem ins Leben gerufen wurde. Es entsteht daher nun die Frage, aus welcher Quelle die mancherlei Aenderungen und Zuthaten, die sich in der spätern Zeit in der Theorie des Römischen Rechtes vorfinden, geflossen seien. Als die unmittelbarste Quelle wird hier überall das Canonische Recht angegeben. Es ist daher zunächst zu untersuchen, auf welche Weise diese Modificationen sich im Canonischen Rechte ausgebildet haben und dann mit dem Römischen Rechte in Verbindung gesetzt sind. Erst dann kann die weitere Frage untersucht werden, ob und wie weit dem Canonischen Rechte etwa Ideen des Germanischen Rechtes zu Grunde liegen, und in wie weit daher mittelbar dieses als die eigentliche Quelle jener Veränderungen angesehen werden müsse.

Die Untersuchungen über das Canonische Recht können sich natürlich nicht auf das Corpus juris canonici beschränken, sondern müssen das Canonische Recht in seiner ganzen historischen

Entwicklung verfolgen, da die Grundlagen mancher Ansichten des spätern Rechts zum Theil schon in sehr frühe Zeiten fallen.

§. 15.

Das ältere Recht. Besitz der Rechte.

Bei der politischen Stellung, die die Kirche auch nach ihrer Anerkennung durch Constantin noch Jahrhunderte lang hatte, versteht es sich von selbst, daß ihre Rechtsbildung lange Zeit auf dem Gebiete des Privatrechts, namentlich des Vermögensrechts, nicht sehr thätig sein konnte, daß daher Bestimmungen über den Besitz vom rein privatrechtlichen Standpunkte aus in der ältern Zeit in ihrem Rechte nicht gesucht werden können. Zwar fing sie schon im IV. Jahrhunderte an, ihr Vermögen gegen Gewaltthätigkeiten, namentlich gewaltsame Entziehungen, durch selbstständige Verbote und Drohungen zu schützen: es finden sich z. B. derartige Bestimmungen in den Concilien von Toledo vom J. 398, Tours vom J. 401, Paris vom J. 557 [1]): allein diese sind noch ganz allgemein gehalten, ohne alle Beziehung auf den Unterschied von Recht und Besitz. Dagegen ist es nun aber bekannt, daß die Kirche von früh an sich gewöhnte, ihre kirchlichen Verhältnisse wo möglich in privatrechtlichen Formen, und zwar anfangs den durch das Römische Recht gegebenen Formen, zu behandeln. Auf diesem Standpunkte beruhen daher auch die ersten Spuren einer Weiterbildung der Besitzlehre, die sich im kirchlichen Rechte finden. Es sind dieses die Anwendung des Besitzes der Rechte auf die Episcopalrechte.

Es muß schon in den ersten Jahrhunderten der Kirche

1) Tol. c. 11. Tur. c. 25. Par. c. 3. Ich citire die Concilien nach der durch meinen Bruder (Berlin. 1839) besorgten Handausgabe.

häufig vorgekommen sein, daß einzelne Bischöfe in fremden Diöcesen bischöfliche Functionen ausübten, entweder nur um sich dadurch eine gewisse Macht in ihnen zu verschaffen, oder selbst um einzelne Gemeinden dadurch allmählig zu sich herüber zu ziehen. Schon in den Canon. apostol. c. 74 und in dem ersten Concilium von Nicäa vom J. 325 c. 15 wird dieses verboten, und viele der spätern Concilien wiederholen das Verbot, fügen auch wohl Strafen hinzu, so z. B. die Concilien von Antiochia vom J. 341 c. 21, Sardica vom J. 347 c. 1. 2. 15, Carthago vom J. 348 c. 10. 12, vom J. 390 c. 11, vom J. 397 c. 20, Constantinopel vom J. 381 c. 2, Rom vom J. 384 c. 15. Bei diesen Bestimmungen wurden nun allmählig die Ausdrücke usurpare alienas plebes, invadere alienam ecclesiam gebräuchlich, und in dem Römischen Concile wird bereits ein Vergleich gezogen mit dem invadere fines alienae possessionis. Darin liegt zwar noch keine specielle Beziehung auf den Besitz im Gegensatze vom Rechte, allein es ist dabei doch bereits ein Standpunkt eingenommen, dessen Entwicklung nothwendig zur Anwendung des eigentlichen Besitzbegriffes führen mußte. Diese findet sich denn auch bereits im V. Jahrhunderte im 6ten Concil von Carthago oder dem sogenannten Codex ecclesiae Africanae vom J. 419. Dieses enthält in c. 119 die Bestimmung:

— ut si quam dioecesim episcopus ab haeresi liberans triennio *possederit*, nullus eam repetat.

und damit in Verbindung in c. 120 die weitere Bestimmung:

— ut quicunque episcopi plebes, quas ad suam cathedram existiment pertinere, non ita *repetant*, ut causas suas episcopis judicantibus agant, sed alio *retinente irruerint*, causae suae detrimentum patiantur. Et si — nondum est finita contentio, ille discedat, quem constiterit praeter-

missis judiciis *irruisse*, et — conveniat eum qui *tenet*. Hier ist vollständig der Standpunkt des Besitzes eingenommen. Nicht nur sind formell die Ausdrücke plebes oder dioecesim possidere, tenere, und auf der andern Seite petere und irruere gebraucht, sondern auch materiell sind die Verhältnisse nach den rechtlichen Begriffen von Besitz und Ersitzung, Vindication und Selbsthülfe geordnet, und namentlich die Strafen der Selbsthülfe, Verlust des Klagerechtes und vorläufige Rückgabe des Besitzes, angewendet. Das Concilium fällt nun noch in die Zeit der Römischen Herrschaft in Afrika vor der Gründung des Vandalenreiches. Somit entstehen also schon unter der Herrschaft des Römischen Rechts selbst Anfänge von Ausdehnungen des Besitzbegriffes, an die die Römer selbst nie auch nur von ferne gedacht hatten.

Der hier eingenommene Standpunkt blieb nun aber keinesweges auf Afrika beschränkt, sondern wurde der gemeinsame für die ganze Kirche. So wurde auf dem ökumenischen Concil von Chalcedon vom J. 451 c. 17 bestimmt:

Τὰς ἀγροικικὰς παροικίας μένειν ἀπαρασαλεύτους παρὰ τοῖς κατέχουσιν αὐτὰς ἐπισκόποις, καὶ μάλιστα εἰ τριακονταετῆ χρόνον ταύτας ἀβιάστως κατέχοντες ᾠκονόμησαν.

Bekanntlich ist *κατέχειν* der ältere griechische Ausdruck für possidere [1]). Somit ist hier gewissermaßen Justinian's dreißigjährige Ersitzung von der Kirche bereits anticipirt. Wiederholungen der alten Bestimmungen finden sich im VI. Jahrhunderte in den Concilien von Lyon vom J. 517 c. 4, Clermont vom J. 535 c. 10, Orleans vom J. 538 c. 15. Besonders bezeichnend sind wieder im VII. Jahrhunderte die Spanischen

1) L. 1. pr. de poss. „Possessio — quam Graeci *κατοχὴν* dicunt." Später wurde *νέμεσθαι* gebräuchlicher.

Concilien von Sevilla vom J. 618 c. 1. 2, Toledo vom J. 633 c. 34 u. 35, Merida vom J. 666 c. 8, die dann auch später in Gratian's Decret aufgenommen sind [1]). In diesen wird die 30jährige Ersitzung des Chalcedonischen Concils wiederholt und modificirt, und dabei werden denn die Ausdrücke dioecesim possidere, tricennalis possessio, longo tempore possidere vollständig als hergebrachte technische Bezeichnungen gebraucht.

Diese Anwendung des Besitzes auf die Episcopalrechte ist nun übrigens die einzige Ausdehnung der juris possessio, die sich im ältern Rechte findet. Die ältern Canonisten haben zwar vielfach in der Bestimmung des Concils von Agde vom J. 506 c. 25: [2])

Hi — qui prius uxores, quam judicio damnentur, abjecerint, a communione ecclesiae — excludantur.

eine Anwendung des Besitzrechtes finden wollen. Allein wenn auch der Sache nach eine gewisse Aehnlichkeit darin liegt, so liegt doch dem Ausdrucke nach der Standpunkt des Besitzes durchaus nicht zu Grunde. Auch nicht einmal der Sache nach liegt aber in den gleichfalls vielfach hieher gezogenen Decretalen von Gregor I. vom J. 597 u. 601 [3]) die geringste Beziehung auf den Besitz.

§. 16.

Spolieneinrede. Aeltere Zeit.

Ein zweites Verhältniß, bei dem die Bestimmungen des spätern Rechtes bereits im ältern Rechte ihre ersten Anfänge

1) c. 3. 4. 6. 13. C. 16. qu. 3.
2) c. 1. C. 33. qu. 2.
3) c. 6. C. 29. qu. 2; c. 21. C. 27. qu. 2.

und Grundlagen haben, ist die berühmte exceptio spolii von Pseudo-Isidor. Aber freilich ist dieses hier auf eine ganz andere Weise der Fall, als bei dem Besitze der Rechte, indem hier erst die Fälschungen Ps.-Isidors dazu gehörten, um aus jenen Anfängen ein wirkliches Recht zu machen. Der Neapolitaner Blasco [1]) hat zwar die Behauptung aufgestellt, daß die exc. spolii bereits längst vor Ps.-Isidor wirklich geltendes Recht gewesen sei, und hat ihre Anwendung in einer ganzen Reihe von Fällen nachweisen wollen. Allein schon eine oberflächliche Durchsicht dieser Fälle zeigt, daß die Behauptung, der andere historische Zeugnisse widersprechen, nicht richtig ist. Um die Thatsachen selber reden zu lassen, und zugleich eine bequeme Grundlage für die Darstellung der Ps.-Isidorischen Fälschungen zu bekommen, mag hier zunächst mit einer einfachen Erzählung der von Blasco aufgeführten Fälle angefangen werden.

Der erste Fall ist aus der Kirchengeschichte von Theodoret [2]). Der Arianische Kaiser Constantius hatte durch die Synode von Antiochien im J. 341 den H. Athanasius von seinem Bisthume absetzen lassen, und ebenso alle seine Anhänger vertrieben. Theodoret erzählt nun eine Unterredung zwischen dem Kaiser und dem H. Liberius, einem Anhänger von Athanasius, worin der Kaiser diesen auffordert, sich von Athanasius loszusagen, dieser aber es verweigert. Dabei kommt nun unter anderem vor, daß Liberius erklärt, Athanasius sei nicht auf rechtmäßige Weise verurtheilt, die meisten Bischöfe haben ihn gar nicht gesehen und gehört, die Zeugen seien bestochen gewesen u. s. w. Liberius bittet daher den Kaiser, er

1) De collectione canonum Isidori. c. 8. §. 5. (Neap. 1760.) Abgedr. bei *Galland*, de vetustis canonum collect. T. II. p. 59.

2) Theodoretus, hist. eccles. II. 16.

möge alle vertriebenen Bischöfe wieder zurückrufen und wieder einsetzen, eine neue Synode zusammen berufen, und diese ein ordentliches Gericht über Athanasius halten lassen. Constantius schlägt ihm dieses aber ab, und schickt ihn, da er von Athanasius nicht ablassen will, ins Exil.

Der zweite Fall ist aus der Kirchengeschichte von Sozomenus, von wo er in die Historia tripartita von Cassiodor übergegangen ist [1]. Im Verlaufe der Streitigkeiten über die Homousie und Homoiusie Gottes und Christi im IV. Jahrhunderte setzten die Arianischen Bischöfe Eudoxius und Acacius unter dem Schutze des Kaisers Constantius ihre Ansichten im J. 360 auf einer Synode in Constantinopel durch, und hoben die Beschlüsse der katholischen Synoden von Antiochien und Seleucia auf. Zugleich benutzten sie aber die Gelegenheit, um über mehrere Bischöfe, die verschiedener Verbrechen beschuldigt wurden, Gericht zu halten und sie abzusetzen [2]. Nach dem Tode des Kaisers Constantius brachten nun aber die katholischen Bischöfe im J. 364 in Lampsacus eine neue Synode zu Stande, worin die Beschlüsse der Synode von Constantinopel für ungültig erklärt und die von Seleucia von neuem bestätigt wurden. Zugleich wurde dabei in Betreff der in Constantinopel abgesetzten Bischöfe bestimmt, sie sollen wieder eingesetzt werden, und wer Anklage gegen sie erheben wolle, solle dieses vor rechtgläubigen Richtern thun [3]. Eudoxius wußte indessen

1) Sozom. hist. eccl. VI. 7. Cassiod. hist. trip. VII. 12. S. auch Socrates, hist. eccles. IV. 4.

2) Vgl. Socrates, hist. eccles. II. c. 41—43. Sozom. hist. eccl. IV. 24. 25.

3) Sozomenus: — *τοὺς καθαιρεθέντας ἐπισκόπους — τοὺς ἰδίους ἀπολαμβάνειν θρόνους, εἰ δέ τις αὐτῶν κατηγορεῖν βούλεται, ἐκ τοῦ ἴσου κινδύνου τοῦτο ποιεῖν, δικαστὰς δὲ εἶναι τοὺς ὀρθῶς δοξάζοντας ἐπισκόπους* etc. Cassiodor: episcopos depositos sedes proprias recipere; si quis autem eos accusare vellet, aequo periculo hoc facere, judices esse episcopos recte sapientes etc.

den Kaiser Valens für sich zu gewinnen. Dieser verwarf die Beschlüsse der neuen Synode, setzte die Bischöfe, die sie gefaßt hatten, ab, und bestätigte die Beschlüsse der Synode von Constantinopel von neuem.

Der dritte Fall ist aus der Lebensbeschreibung des H. Chrysostomus von Palladius [1]). Chrysostomus, seit 398 Bischof von Constantinopel, wurde von dem Bischofe Theophilus von Alexandria auf Antrieb der Kaiserin Eudoxia, Gemahlin des Kaisers Arcadius, des Origenismus angeklagt, von einer Synode zu Chalcedon verurtheilt und mit Gewalt aus Constantinopel vertrieben. Der Kaiser Honorius, der Papst Innocenz I. und eine occidentalische Synode verwandten sich darauf für ihn bei Arcadius, indem sie namentlich das Gericht der Synode von Chalcedon für ordnungswidrig gehalten erklärten. Dabei gab dann die occidentalische Synode ihrem Gesandten den Auftrag [2]), zu verlangen, daß man Chrysostomus, ehe man ihn vor Gericht ziehe, erst wieder zum Bischof einsetze, damit er ohne allen Beschwerdegrund freiwillig sich dem Gerichte stelle. Arcadius ließ sich durch diese Verwendung bewegen, eine neue Synode zusammen zu berufen. Als aber Chrysostomus seine Wiedereinsetzung verlangte, bevor er sich auf die Anklage einließe, befahl ihm Arcadius, sich ohne weiteres dem Gerichte zu unterwerfen.

Ganz nichtssagend und gar nicht zur Sache gehörig sind die vierte und fünfte der von Blasco citirten Stellen. Die eine ist c. 87 der Synode von Carthago vom J. 419. Es heißt darin von einem angeklagten Bischofe, dessen Ankläger

1) Palladius, de vita S. Johann. Chrysost. dialogus. c. 4. 8.

2) — ὑπομνηστικὸν, μὴ δεῖν εἰσελθεῖν Ἰωάννην εἰς κρίσιν, ἐὰν μὴ πρότερον ἀποκαταθῇ αὐτῷ ἥ τε ἐκκλησία καὶ ἡ κοινωνία, ἵν' εἰς μηδὲν ἔχων ὑπερτίτεσθαι αὐθαιρετὸς εἰσελθῇ εἰς τὸ συνέδριον.

sich entfernt hatte, es solle Niemand dem Angeklagten bis zur Beendigung der Sache die Communion reichen, und dabei wird hinzugefügt:

— nam adimi ei episcopatum antequam causae exitus appareret nulli christiano videri jure potuisset.

Die andere ist ein Brief von Leo I. (93. c. 3) vom J. 451, worin dieser einfach die Synode von Chalcedon bittet, mehrere wegen ihrer Rechtgläubigkeit vertriebene Bischöfe wieder einzusetzen.

Der sechste Fall ist die Römische Synode vom J. 501. Der Papst Symmachus war wegen verschiedener Vergehen angeklagt, und der König Theoderich hatte daher eine Synode nach Rom zusammenberufen, um über ihn zu richten. Bei der ersten Versammlung der Synode trat Symmachus auf und erklärte, er unterwerfe sich der Synode, hoffe aber, daß die Synode den bisher ungehörig ernannten visitator zurücknehme, und ihm zuvor alles, was er durch die Anfeindungen seiner Gegner verloren habe, wieder verschaffe, erst dann werde er sich auf die Anklage einlassen [1]. Die Synode ging auf sein Verlangen ein, faßte aber den Beschluß:

Digna res visa est maximo sacerdotum numero, quae mereretur effectum; decernere tamen aliquid synodus sine regia notitia non praesumpsit.

Es wurden deshalb Abgeordnete abgesendet, um den König um seine Bestätigung zu bitten. Dieser schlug aber den Antrag ab und befahl, daß Symmachus sich ohne weiteres auf die Anklage einzulassen habe.

1) — sperans, ut visitator — cederet, et omnia, quae per suggestiones inimicorum suorum amiserat, potestati ejus legaliter ab honorabili concilio redintegrarentur, seu redderentur, et tanti loci praesul regulariter prius statui pristino redderetur, et tunc, non ante, veniret ad causam etc.

Die letzte Stelle, ein Brief von Gregor d. Großen [1]), paßt wieder gar nicht hierher. Ein Bischof von Salona war durch seinen Archidiaconus verhindert, Kirchensachen an seine Verwandte zu verschenken. Um es sich möglich zu machen, wollte er ihn zum Presbyter befördern. Der Archidiaconus wollte dieses aber nicht annehmen und beklagte sich bei Gregor. Dieser befiehlt nun dem Bischofe, den Archidiaconus wieder einzusetzen, und erklärt, daß er später die Schenkungen weiter untersuchen werde.

Zieht man nun das Resultat aus dieser Darstellung, so zeigt sich, daß die Idee der exc. spolii der Kirche allerdings schon in der frühern Zeit nicht fremd war, daß der Anspruch auf dieselbe allerdings längst vor Ps.-Isidor in verschiedener Weise mehrfach von ihr erhoben wurde. Eben so deutlich sieht man aber, daß sie mit demselben der weltlichen Gewalt gegenüber nie durchdringen konnte, daß sie von dieser vielmehr stets auf das entschiedenste damit zurückgewiesen wurde. Indessen hat die Kirche die Einrede auch nicht einmal innerhalb ihres eigenen Kreises zum wirklichen Rechtssatze ausgebildet. Man sieht das theils aus der Römischen Synode von 501, wo weder der Papst noch die Synode sich auf ein bestehendes kirchliches Recht, sondern nur auf die Billigkeit des vorliegenden Falles berufen; dann aber namentlich aus mehreren Entscheidungen der Päpste Gregor I. († 664) und Gregor III. († 741), die ganz offenbar die Einrede als noch nicht existirend voraussetzen [2]).

1) Greg. epist. II. 18—20.

2) S. c. 7. C. 2. qu. 1. — c. 3. C. 7. qu. 1. — Gregor. M. epist. III. 11. ep. 8. 9. VIII. 1. ep. 28.

§. 17.

Pseudo-Isidor. Quellen.

Was die Kirche auf dem geraden Wege nicht durchzusetzen vermochte, gelang ihr durch Pseudo-Isidor vollständig auf dem Wege des Betruges und der Fälschung. Zur vollständigen Würdigung der Ps.-Isidorischen Bestimmungen über die exc. spolii ist es zunächst nöthig, die einzelnen Aussprüche, die die Decretalen darüber enthalten, ihren Quellen nach neben einander zu stellen.

Der Grundsatz der exc. spolii ist in den Ps.-Isidorischen Decretalen außerordentlich häufig, eigentlich mit ermüdender Wiederholung, ausgesprochen. Er kommt in mehr als 13 Decretalen vor, und in mehreren vier-, fünfmal. Indessen sind es doch hauptsächlich drei Aussprüche, auf die derselbe vorzugsweise gestützt wird, die wörtlich oder modificirt immer wiederholt werden, und an die dann nur noch einige weitere minder bedeutende angereiht werden. Jene drei Aussprüche sind daher vorzugsweise in ihrer Entstehung genau nachzuweisen. Sie können zugleich im allgemeinen als besonders bezeichnende Beispiele der Art, wie Ps.-Isidor seine Verfälschungen überhaupt vornahm, dienen. Die Quellen für dieselben sind die beiden oben besprochenen Synoden, von Rom vom J. 501, und von Lampsacus vom J. 364, und zwei Stellen aus Commentaren zum Breviar. Alaric. Alle haben aber erst durch die frechste Verfälschung die Form und den Sinn erhalten, in denen sie bei Ps.-Isidor erscheinen.

Am unverschämtesten ist die erste Verfälschung. Sie besteht nämlich darin, daß Ps.-Isidor den Antrag, den der Papst Symmachus in jener Synode an die Bischöfe gestellt hatte, der aber vom Könige Theoderich verworfen war, geradezu zum

wirklichen Kirchengesetze macht, indem er ihn mitten in eine Reihe von Bestimmungen hineinsetzt, die er als Beschlüsse einer unbenannten Synode bezeichnet [1]. Die ganze Synode ist aber reine Fälschung. Sie ist, wie Blondel und Knust [2] nachgewiesen haben, nichts als eine Zusammenstellung von verfälschten Stellen aus zwei Carthagischen Concilien, jenem Römischen, dem Theodosischen Codex, den Theodosischen Novellen und den Sententiae receptae von Paulus [3]. Die Bestimmungen über die exc. spolii darin werden nun zunächst durch einen, wie es scheint, ganz erdichteten Satz eingeleitet:

— si episcopus suis fuerit aut ecclesiae sibi commissae rebus exspoliatus, aut a sede propria ejectus, tunc, antequam in pristino statu restituatur cum omni privilegio sui honoris, et sua omnia, quae ei ablata fuerunt, redintegrentur, nec convocari nec judicari poterit, nisi ipse advenire sponte elegerit.

Hierauf kommen dann, in einen größern Satz eingewebt, die Worte von Symmachus in jener Synode:

Nullatenus ergo a quoquam respondere cogatur, antequam integerrime *omnia* [4], *quae per suggestiones inimicorum suorum amiserat potestati ejus ab honorabili concilio redintegrentur*, *(et tanti loci) praesul* vero cum omni honore *statui pristino reddatur*, *et* ipse dispositis ordi-

1) Die ganze Synode steht Felix I. ep. 2. Die Bestimmungen über die exc. spol. außerdem noch bei Fabianus, ep. 2. Julius, ep. 2. c. 35. Marcellus, ep. 2. Felix II. ep. 1. c. 4.

2) In ihren bekannten Schriften: Ps. Isidorus vapulans, und De fontibus et consilio Ps. Isidor. collect.

3) Wasserschleben muß dieses ganz übersehen haben, wenn er in seinen Beiträgen z. Gesch. d. falschen Decret. S. 16. diese Synode „für ächt, und einer römischen Synode wirklich entlehnt halten möchte“, weil „der Inhalt durchaus unverdächtig“ sei.

4) Die Cursivlettern bedeuten die Worte von Symmachus.

natisque libere ac secure diu suis, *tunc* regulariter infra 4, vel 5, aut 7 menses, — et *non ante*, convocatus concilio in legitimo, *veniat ad causam*, *et si ita* etc.

Die eingeklammerten Worte „et tanti loci" fehlen natürlich bei Pſ.-Iſidor. Sie bezogen ſich auf die Stellung des Symmachus als Biſchofes von Rom, und mußten daher bei der Verfälſchung der Stelle zu einem allgemeinen Rechtsſatze natürlich weggelaſſen werden. Eigenthümlich iſt noch der Nachſatz, der der Stelle von Pſ.-Iſidor angehängt iſt:

Nam hoc summopere providendum est, ne, antequam haec omnia fiant, coactus respondeat, quia contentio semper vitanda est. *Adimi namque episcopo episcopatum, antequam causae ejus exitus appareat, nulli Christiano videri jure potest*, quia talis praesumtio sacrilegium, et auctor talium sacrilegus est.

Der curſiv gedruckte Satz iſt hier nämlich aus dem oben beſprochenen Carthagiſchen Concile von 419 genommen, wo er aber, wie oben gezeigt iſt, eine ganz andere Bedeutung hatte [1]).

1) Uebrigens ſteht die ganze erdichtete Synode auch in den ſ. g. Capit. Hadriani, cap. 5. Wenn man daher mit Waſſerſchleben (Beitr. z. Geſch. d. falſch. Decret. S. 14 ff.) und Richter (Kirchenrecht, §. 69. n. 6) annimmt, daß dieſe früher und von einem ganz andern Verfaſſer geſchrieben ſeien, als die Pſ.-Iſidoriſchen Decretalen, ſo würde die Ehre der erſten Erfindung der exc. spol. Pſ.-Iſidor genommen werden müſſen. Dafür, daß ſie früher ſeien, ſprechen aber allerdings auch die Stellen über die exc. spol., indem ſich bei Pſ.-Iſidor eine Menge kleiner Einſchiebſel finden, die ſich faſt nur als Zuſätze Pſ.-Iſidor's, nicht als Auslaſſungen der Capit. denken laſſen. So fehlen in den oben cit. Stellen bei Hadrian hinter fuerit die Worte aut — commissae; hinter restituatur die Worte cum — honoris; hinter praesul die Worte cum — honore; hinter tunc die Worte regulariter — menses; endlich der ganze Schlußſatz quia talis etc. Durch den Verluſt der Ehre der erſten Erfindung würde übrigens Pſ.-Iſidor den Vorwurf des Betruges keinesweges mit verlieren. Denn jedenfalls vergrößerte er durch die Zuſätze den Betrug; dann aber zeigen auch zwei Stellen c. 35. (Jul. und Fel. ep. cit.), daß er jedenfalls auch die echte Synode vor ſich hatte, und daher die Verfäl-

Die zweite Stelle ist eine Verfälschung der Synode von Lampsacus vom J. 364. Der specielle Beschluß der Synode, der überdies vom Kaiser verworfen war, daß die von der häretischen Synode in Constantinopel im J. 360 abgesetzten Bischöfe wieder eingesetzt werden sollten, und nur vor einer rechtgläubigen Synode angeklagt werden dürften, erscheint hier in folgender Gestalt als allgemeines Kirchengesetz [1]:

Praeceptum est in antiquis statutis: *episcopos (depositos)* ejectos atque suis rebus exspoliatos *ecclesias proprias recipere*, et primo sua omnia eis reddi, et tum demum *si quis eos* juste *accusare voluerit*, *aequo periculo facere*, *judices esse episcopos recte sapientes* et juste volentes, *et in ecclesia* etc.

Die cursiv gedruckten Worte sind die schon oben angeführten Worte Cassiodor's, mit denen dieser den Beschluß berichtet. Wesentlich ist, daß bei Ps.-Isidor das eingeklammerte depositos fehlt, und statt dessen ejectos und exspoliatos steht, was den Sinn der Stelle ganz ändert. Sehr bedeutsam ist auch der Zusatz juste volentes [2].

Die dritte Hauptstelle ist durch die Verfälschung zweier Stellen über die Prätorische in integrum restitutio gebildet. Die eine davon findet sich in der Westgothischen Interpretation

schung jedenfalls mit vollem Bewußtsein aufnahm. In diesen beiden ist nämlich die Einleitung zu dem Satze omnia quae etc. etwas anders, als in den übrigen, und zwar ist sie aus den Worten gebildet, die in dem Concil selbst jenem Satze voraufgehen. In diesem heißt es: sperans, ut visitator — ex ordinatione antistitum, sicut decebat sanctum propositum, prima fronte cederet, et omnia quae etc. bei Ps.-Isidor aber: est unanimiter decretum, ut, si quis fuerit exspoliatus, ordinatione pontificum deceat sanctum propositum prima fronte cedere, ut omnia quae etc.

1) Bei Zephyrin. ep. un. Damasus, ep. 4.

2) Auch diese Stelle findet sich schon in den Cap. Hadr. c. 13. Es gilt darüber das Gleiche wie bei der ersten.

zu den Sententiae von Paulus (I. 7. §. 1. 2.), und lautet ursprünglich so:

— eorum causae — in integrum revocentur, qui aut per timorem — aut per captivitatem vel quamcunque injustam necessitudinem substantiam suam aut statum ingenuitatis perdidisse noscuntur, aut si quid etc.

Die andere ist in ihrer ursprünglichen Form nur vereinzelt als Citat in einer Proceßgeschichte auf uns gekommen, ist aber wahrscheinlich auch aus einem Westgothischen Commentare zu Paulus. In der Lebensbeschreibung des H. Aldrich, Bischofes von Mans, wird nämlich ein Proceß erzählt [1], den dieser mit einem Kloster hatte, welches sich durch betrügerische Erschleichung eines Immunitätsbriefes vom Kaiser Ludwig d. Frommen seinen Episcopatrechten entziehen wollte. Das Kloster wurde verurtheilt, und die Entscheidung dabei durch mehrere Stellen aus dem Breviar. Alaric. und einige weitere, wahrscheinlich aus Commentaren zum Breviar. entnommene, gerechtfertigt. Unter diesen letztern ist auch folgende:

Redintegrandum est a praesentibus judicibus et in ejus unde abscessit potestatem revocandum, quod quacunque conditione temporis aut dolo, aut captivitate, aut virtute majorum timorem faciente, deperierit.

Beide Stellen haben also ursprünglich gar nicht die geringste Beziehung auf die exc. spolii. Ps.-Isidor hat diese aber durch kleine Zusätze und Veränderungen hineingebracht, beide zu einem Satze verbunden, diesen für ein altes weltliches und kirchliches Gesetz erklärt, und so folgende Stelle zu Stande gebracht [2]:

In synodalibus patrum decretis et regum edictis legitur

1) Baluzii miscellan. T. III. p. 123. sequ.

2) Sie findet sich dreimal: Euseb. ep. 2. Johannes I, ep. 2. Conc. Rom. V.

statutum: Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eorum unde abscesserunt potestatem funditus revocanda, quacunque conditione temporis aut dolo, aut captivitate, aut virtute majorum, aut per quascunque injustas causas res ecclesiae vel proprias, aut substantias suas, perdidisse noscuntur, ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum.

Zu diesen drei Hauptstellen kommen nun noch folgende kleinere von geringerer Bedeutung. Erstlich eine Stelle aus der Lex Visigoth. VIII. 1. §. 2. Valentinian's Gesetz über die Selbsthülfe war hier aus dem Breviar. Alar. in folgender Gestalt aufgenommen:

Quicunque violenter expulerit possidentem, — causam perdat. Ille vero, qui violentiam pertulit, universa, in statu quo fuerunt, recipiat quae possedit, et securus teneat. Si vero illud invasit quod non etc.

Hiervon hat nun Ps.-Isidor den mittlern Satz Ille — teneat herausgerissen, und so mit verallgemeinertem Sinne neben die obigen Stellen gesetzt.

Eine zweite Stelle [1]) heißt:

Antiquitus decretum est, ut omnes possessiones, et omnia sibi sublata, atque fructus cunctos ante litem contestatam perceptos Primas possessori restituat [2]).

Sicher ist auch hier irgend eine Stelle des Römischen Rechtes verfälscht, indessen giebt die l. 3. C. Th. ad leg. Jul. de vi, die Knust dabei citirt, keinen Anhalt.

Endlich ist noch eine Stelle aus Ps.-Isidors Vorrede zu

1) Sie steht gleichfalls neben der Stelle Redint.

2) Bei Steph. ep. 2. heißt der Schluß: ante coeptam accusationem Primates et synodus episcopo, de quo agitur, funditus restituant.

seiner Sammlung zu erwähnen. Ps.-Isidor führt nämlich hier zum Beweise, daß ein spoliirter Bischof vor der Restitution nicht angeklagt werden könne, folgende Stelle an:

Unde et Hist. eccles. ab Eusebio confecta de muliere quadam, quae pro castitate a marito accusabatur, ait: „Praeceptum est ab imperatore lege lata, ut primo permitteretur ei, rem familiarem libere diutius ordinare, tunc demum responderet objectis. Hoc omnes leges tam ecclesiasticae quam vulgares publicaeque praecipiunt.“

und fügt dann hinzu:

Si autem de mulieribus et saecularibus hominibus haec constituta sunt, multo magis ecclesiasticis hominibus sunt concessa.

Auch hier liegt eine Verdrehung und Verfälschung zu Grunde. Der Fall des Eusebius ist folgender [1]). Eine Frau, die zum Christenthume übergetreten war, hatte ihrem Manne wegen seiner Liederlichkeit den Scheidebrief zugeschickt, und war darauf von diesem als Christinn denuncirt. Eusebius sagt nun von ihr:

Illa libellum tibi obtulit, imperator [2]), ut primo permitteretur ei rem familiarem ordinare, tunc deinde responderet objectis, quod et indulsisti.

Von Spoliation und Restitution war dabei also auch nicht im entferntesten die Rede.

1) Eusebius, hist. eccles. IV. 17. Eusebius hat die Erzählung aus Justinus, apologia pro Christianis. II. 2.

2) Es ist Antoninus Pius gemeint.

§. 18.

Princip der Spolieneinrede.

Nach dieser Zusammenstellung der hauptsächlichsten Aussprüche Ps.-Isidors über die exc. spolii ist jetzt die allgemeine rechtliche Natur derselben zu bestimmen. Die Idee, die Ps.-Isidor hier hat, ist eine ganz eigenthümliche, bei uns noch keineswegs recht erkannte. Den Ausgangspunkt bei der ganzen Bestimmung bildet bei ihm der Gedanke, daß ein Bischof, der von seinem Sitze vertrieben und seiner Macht und seines Vermögens beraubt ist, sich nur schwer gegen die Anklagen mächtiger Feinde vertheidigen könne, und ihnen daher leicht ungerechter Weise unterliegen könne. Er deutet dieses mehrfach an, namentlich spricht er es aber bestimmt aus bei:

Damasus, ep. ad Afros.

— scimus enim homines inermes non posse cum armatis rite pugnare; sic nec illi, qui ejecti vel suis bonis sunt exspoliati, cum illis, qui stant in suo gradu, et suis fruuntur amicis et bonis, litigare possunt [1]).

Hierauf gründet er nun die Bestimmung, daß ein spoliirter Bischof durchaus nicht angeklagt werden könne, sich wenigstens auf keine Anklage einzulassen brauche. Er stellt diesen Satz ganz allgemein hin, ohne alle Rücksicht darauf, wer den Bischof spoliirt habe, wer seine Sachen besitze, wer ihn anklagen wolle, aus welchem Grunde er spoliirt sei, und aus welchem Grunde er angeklagt werden solle. So heißt es z. B. bei:

Fabianus, ep. 2.

Nulla permittit ratio, dum bona ab aemulis vel a *quibus-*

1) Daß dieser Gedanke der Ausgangspunkt der ganzen Bestimmung sei, haben auch die Päpste selbst stets angenommen. c. 3. C. 3. qu. 2. (Steph. V.) c. 1. de rest. spol. VI. (Innoc. IV.)

cunque detinentur, ut *aliquid* illis objici debeat; nec *quisquam* potest eis *quoquomodo quidlibet* majorum vel minorum objicere, dum ecclesiis, rebus aut potestatibus suis carent.

Pelagius II. ep. 2.

Neque dum episcopi possessiones a *quibuscunque* non sua sponte detinentur, *aliquid* illi debet aut potest a *quoquam* objici.

Es ist also namentlich jeder Gedanke fern zu halten, als ob die Einrede zum Grundprincipe einfach nur den Satz habe, daß die Execution nicht vor dem Urtheile geschehen dürfe [1]).

Nun versteht es sich aber von selbst, daß wenn es einem Spoliirten wegen seiner Unmacht unmöglich ist, bei Criminalanklagen mit seiner Unschuld durchzubringen, es ihm eben so schwer, ja noch schwerer werden wird, sein geraubtes Vermögen von seinen mächtigen Feinden, die es geraubt haben und entweder noch selbst besitzen, oder ihren Freunden und Untergebenen überlassen haben, wieder zu bekommen. Es könnte ja sein, daß er gerade bei dem, der es ihm genommen hat, seine Klage gegen die Besitzer seines Vermögens anzubringen hätte, und von ihm als Richter die Rückgabe desselben fordern müßte. Dann wäre ihm die exc. spolii ein schlechter Schutz. Dazu kommt, daß ja solche Restitutionsprocesse die Criminalanklage bis ins Unendliche aufschieben könnten, ja daß ein wirklich Schuldiger es dadurch in seiner Macht hätte, die Anklage ganz zu verhindern. Alle diese Bedenken beseitigt Ps.-Isidor einfach dadurch, daß er es überhaupt gar nicht dem Angeklagten einfach überläßt, sich seine Sachen selbst wieder einzuklagen, sondern daß er es der Kirchenbehörde, bei der die Anklage ge-

1) Wie Walter, Kirchenrecht §. 92. nro. X. die Sache nehmen will.

schehen soll, und die über den Bischof richten muß, nämlich der Synode und den Primaten, zur Pflicht macht, selbst dafür zu sorgen, daß der Spoliirte wieder eingesetzt und ihm alles Entrissene wieder gegeben werde. Die ganze Einrede geht bei Ps.-Isidor überhaupt gar nicht dahin, der spoliirte Bischof brauche sich nicht eher auf die Anklage einzulassen, bis daß er alles Entrissene wieder eingeklagt habe, sondern, er brauche sich nicht einzulassen, bis daß ihm die Kirchengewalt alles Entrissene wieder verschafft habe. So heißt es:

Eusebius, ep. 2.

Redintegranda sunt omnia exspoliatis *ordinatione pontificum* — ante accusationem.

Felix I. ep. 2.

— quae per suggestiones inimicorum amiserat, *ab honorabili concilio* redintegrentur —

Stephanus, ep. 2.

omnia sublata — ante accusationem *Primates et Synodus* episcopo restituant.

Johannes I. ep. 2.

— omnes possessiones — *Primas* possessori restituat.

Aegypt. ep. ad Fel. II.

— Primates eos convocare debebant; si spoliati — fuerint, primo eruantur et restituantur, et omnia — eis reddantur.

Diese Stellen können weder so aufgefaßt werden, als ob die Primaten und Synoden selbst als die Spolianten und daher zur Restitution Verpflichteten angesehen würden; noch so, als ob sie nach den allgemeinen Competenzgesetzen für Civilklagen von selbst die eigentlich zuständigen Behörden wären: sondern außerordentlicher Weise wird ihnen zur Pflicht gemacht, dem

Spoliirten das Verlorene wieder zu verschaffen. Man wird zwar fragen, wie denn das möglich sei, wie denn die Synode, ohne competentes Gericht zu sein, also namentlich bei Laien, die Restitution habe bewirken können? Allein man muß dabei bedenken, daß Ps.-Isidor zunächst den Fall im Auge hat, daß Geistliche die Spoliatoren und Besitzer der entrissenen Sachen sind, und diese konnten durch die Synode natürlich stets gezwungen werden. Dann aber war ja die Kirche zu Ps.-Isidors Zeit längst zu der Einsicht gekommen, daß sie ein sehr kräftiges Mittel in Händen habe, um auch Laien, auch die mächtigern, zur Herausgabe von geraubtem Kirchenvermögen zu zwingen, nämlich die Excommunication. Bereits im J. 398 hatte ein Spanisches Concil [1]) bestimmt:

> Si quis de potentibus clericum — exspoliaverit, — mox scripta percurrant per omnes provinciae episcopos, et quoscunque adire potuerint, ut excommunicatus habeatur, donec — reddat aliena.

Dieses hatte man nicht vergessen [2]), und Ps.-Isidor am wenigsten, der, abgesehen davon, daß er jene und ähnliche Bestimmungen in der ächten Isidorischen Sammlung, die er verfälschte, vor sich hatte, durch seine ganze Arbeit zur Genüge zeigt, wie sehr er das Bewußtsein hatte, daß die Kirche noch ganz andere Dinge durchsetzen könne, als die Restitution von geraubten Sachen. Daß Ps.-Isidor wirklich diesen Standpunkt hatte, spricht er auch anderweitig selbst sehr deutlich aus. Er verbietet nämlich, daß ein von der Synode an den Papst appellirender Bischof vor der päpstlichen Entscheidung von irgend

1) Tolet. I. c. 11.

2) Wie z. B. conc. Paris. III. c. 6. Turon. II. c. 25 zeigen. Die Concilien von Macra vom J. 881. c. 5. und Cölln vom J. 887. c. 3. wiederholen die im Text gegebene Bestimmung wörtlich.

Jemand vertrieben oder erspoliirt werde, und läßt dabei seine Päpste nicht nur versprechen, daß sie in einem solchen Falle selber für die provisorische Restitution sorgen werden [1]), sondern läßt sogar in einem einzelnen Falle den Papst Sixtus II. geradezu an die Spanischen Bischöfe schreiben:

— fratres quos *timore terreno* damnastis, scitote a nobis esse restitutos; quibus ex S. Petri et Apostolica auctoritate omnia, quae eis ablata sunt, integerrime reddi praecipimus, si non vultis, *vos et principes vestri*, a membris ecclesiae separari.

Diesem zufolge ist es also durchaus zu enge, wenn man die exc. spolii bei Ps.-Isidor als eine einfache dilatorische Einrede gegen Criminalanklagen auffaßt. Es ist vielmehr mit ihr stets von selbst ein eigenthümliches kirchliches Klagerecht verbunden. Der Bischof, der sie vor dem Gerichte der Synode oder des Papstes einwendet, erhebt damit von selbst auch bei diesem Klage gegen seine Spoliatoren und die Besitzer der spoliirten Sachen, und dasselbe ist eben damit auch von selbst die competente Behörde für eine solche Klage [2]).

Ps.-Isidor hat also allerdings nicht nur eine neue Einrede, sondern zugleich auch ein neues Klagerecht aufgestellt. Indessen bedarf es aber auch keines weitern Beweises, daß dieses Klagerecht durchaus kein selbstständiges ist, sondern daß es wesentlich durch eine Criminalanklage und die Vorschützung der exc. spolii bedingt ist, daß es, wie die Einrede selbst, daher namentlich auch nicht Civilklagen gegenüber angewendet

1) Jul. ep. 1. Fel. II. ep. 1. c. 19. Aegypt. ep. ad Fel. II.

2) Die Streitfrage der spätern Zeit, die erst Innocenz IV. in c. 1. de rest. spol. in 6to entschied, wie lange der Angeklagte nach der Einwendung der Einrede Zeit habe, um die spoliirten Sachen wieder einzuklagen, ist also bei Ps.-Isidor selbst ganz unmöglich.

werden kann. Eben so wenig wird man aber auch darüber einen Zweifel haben, daß die ganze Bestimmung durchaus den Charakter einer eigenthümlichen politischen Maßregel zum Schutze der Bischöfe in ihren eigenthümlichen politischen und kirchlichen Verhältnissen hat, daß sie daher eigentlich auf andere Personen, namentlich auf Laien, ja selbst auf die untern Kleriker nicht ausgedehnt werden kann. Zwar sucht Ps.-Isidor selbst eigentlich gerade umgekehrt das Recht der Bischöfe auf die Einrede aus dem allgemeinen Rechte der Laien abzuleiten; denn abgesehen von der oben besprochenen Stelle in seiner Vorrede stützt er es mehrfach auf die edicta regum und die leges saeculares, und namentlich sagt er in dem Briefe von Damasus ad Afros geradezu:

Nec saeculi leges haec saecularibus fieri permittunt; sed prius exspoliatos restitui jubent —

Allein dieses ist natürlich nur eine mit vollem Bewußtsein geschriebene Lüge, durch die er seinen Bestimmungen leichtern Eingang verschaffen will, an die er im Ernste aber nie glaubte.

§. 19.

Speciellere Bestimmungen.

Das von Ps.-Isidor aufgestellte Klagerecht, welches im vorigen §. im allgemeinen beschrieben ist, ist jetzt noch im einzelnen näher zu bestimmen. Die Hauptfrage ist dabei, ob und in wie fern dasselbe den Charakter einer possessorischen Klage habe. Es ist dies in zwei Beziehungen zu untersuchen, in subjectiver und objectiver, nämlich erstens ob der Bischof, der es gebrauchen will, wirklich de jure legitimer Bischof sein muß, oder ob es genügt, daß er im Besitze der bischöflichen Würde ist; und zweitens ob er nur die Sachen und Rechte,

die ihm wirklich gehören, fordern könne, oder alle, die er besessen.

Ueber die erste Frage enthalten die Ps.-Isidorischen Decretalen weder eine directe Entscheidung, noch auch nur Andeutungen und Aeußerungen, aus denen sich eine unmittelbare Consequenz dafür ziehen ließe. Sie sprechen stets einfach nur von Bischöfen. Man könnte daraus folgern, daß, da ein illegitimer Bischof eigentlich gar kein Bischof ist, wirkliches Recht des Episcopats verlangt werden müßte. Die Folge davon würde sein, daß bei der Benützung der Spolien-Einrede und Klage jedenfalls erst die canonica institutio des Bischofes bewiesen werden müßte. Dennoch haben die Päpste sich später bestimmt für das Gegentheil entschieden [1]), und gewiß mit Recht. Denn der Vorwurf der Unrechtmäßigkeit der Einsetzung und der Usurpation des Episcopats, selbst wenn nicht gerade dolus behauptet wird, ist ja selbst schon eine Anklage, auf die sich ein Spoliirter vor der Restitution nicht einzulassen braucht. Man müßte geradezu einen Unterschied machen zwischen Anklagen auf Annullation und auf Deposition oder sonstige Strafe, wenn man die exc. spolii auf die wirklich legitimen Bischöfe beschränken wollte. Eine solche Unterscheidung wäre aber ganz gegen das Princip der Ps.-Isidorischen Bestimmungen, die davon ausgehen, daß ein Spoliirter sich nicht wohl gegen die Anschuldigungen mächtiger Gegner rechtfertigen könne. Denn davon können doch die Anschuldigungen der Erschleichung oder Usurpation des Episcopats keine Ausnahme machen. Die mächtigen Gegner könnten ja sonst durch Vorbringen solcher Anschuldigungen den Vortheil der exc. spolii für den Spoliirten leicht ganz vereiteln.

1) Alexander III. in c. 5. X. de restitut. spoliat. (2. 13.) S. unten §. 23.

Bei der Frage über den Umfang des Klagerechts in objectiver Beziehung könnte man zunächst eine Beschränkung desselben auf Eigenthum mit Ausschließung des bloßen Besitzes daraus ableiten, daß es mehrfach heißt res, substantiae, sedes *suae*, ja selbst *propriae*. Dennoch wird man sich auch hier für die Zulassung desselben bei bloßem Besitze erklären müssen. Abgesehen davon, daß die Worte suae und propriae in mehreren Stellen lediglich den Gegensatz von Sachen der Kirche und des Bischofes im Auge haben [1]), so steht jenen Ausdrücken die ganze Reihe von Aeußerungen entgegen, wonach die Restitution in möglichst weitem Umfange geschehen, sich auf alles Entrissene erstrecken, den ganzen frühern Zustand wieder herstellen soll, so z. B.

Stephanus, ep. 2.

— integerrime restauretur, et omnia quae ablata fuerunt redintegrentur, ita ut omnes possessiones et cuncta sibi injuste ablata funditus restituantur.

Felix I. ep. 2.

— integerrime omnia quae amiserat potestati redintegrentur — statui pristino reddatur [2]).

Eusebius, ep. 2.

— cuncta quae sublata sunt, potestati redintegrentur —
— omnes possessiones et omnia sublata possessori restituat.
— universa in statu, quo fuerant, recipiat, et quae possidet securus teneat [3]).

1) So z. B. in der Stelle Redint. bei den Worten: res ecclesiae vel proprias, oder in Fel. I. ep. 1. bei den Worten: si suis vel ecclesiae rebus.

2) Diese Stelle ist aus dem Antrage des Papstes Symmachus an die Römische Synode, der ganz allgemein ohne alle Beschränkung auf Besitz gemacht war.

3) Diese Stelle ist aus Valentinian's Gesetz über die Selbsthülfe in der spätern Westgothischen Form, bezog sich also schon ursprünglich rein nur auf Besitz.

— redintegranda sunt omnia exspoliatis, et — funditus revocanda.

Diese Stellen, die sich leicht vermehren ließen, zeigen wohl zur Genüge, daß Ps.-Isidor nicht von ferne daran dachte, den Restitutionsanspruch auf das Eigenthum des spoliirten Bischofes zu beschränken, und daß daher die obigen Ausdrücke lediglich aus einer Ungenauigkeit des juristischen Sprachgebrauches, die bei einem Gesetzmacher wie Ps.-Isidor natürlich gar nicht auffallen kann, zu erklären sind. Auch wäre es ja ganz widersinnig gewesen, wenn er es gethan hätte. Denn wozu sollte es dienen, die Synode mit der weitläufigen und schwierigen Untersuchung des Eigenthumsrechtes zu belasten bei einer Maßregel, die lediglich die provisorische Wiederherstellung der factischen Macht des spoliirten Bischofes zum Zwecke hatte? Und wie würde es sich zu den übrigen ganz maßlosen Begünstigungen für die angeklagten Bischöfe reimen, wenn hier bei dieser Maßregel, die ihrem ganzen Principe nach nichts als möglichste Steigerung der factischen Macht der Angeklagten bezweckt, bei der also alles auf den Besitz, nichts auf das Recht ankommt, der ganze Schutz ängstlich nur auf das Recht beschränkt wäre? Und was hätte Ps.-Isidor abhalten sollen, den Schutz auf den bloßen Besitz mit auszudehnen, da er ja im Römischen Rechte, das er kannte und vor sich hatte, den Grundsatz des Besitzesschutzes, den er brauchte, vollständig anerkannt wußte?

Daß der Restitutionsanspruch nicht auf Eigenthum zu beschränken, sondern auch auf den bloßen Besitz zu erstrecken sei, wird hiernach wohl kaum einem Zweifel unterliegen. Viel eher kann dagegen umgekehrt darüber Zweifel sein, ob derselbe nicht noch über den Besitz hinaus auch auf die bloße Detention zu beziehen sei. Ausdrücke wie „integerrime cuncta ablata“ und

ähnliche scheinen für eine solche Ausdehnung sehr bestimmt zu sprechen. Indessen kann, wie schon oben bemerkt, bei Ps.-Isidor auf bloße einzelne Ausdrücke nicht so viel Gewicht gelegt werden, und in dem Principe der Einrede ist diese Ausdehnung derselben nicht nothwendig begründet. Denn man kann nicht wohl sagen, daß bloß detinirte Sachen, also geliehene, gemiethete u. dgl., einen Theil der Macht von Jemand bilden, und daß daher ihre Restitution zur Wiederherstellung der vollen Macht eines Spoliirten gehöre. Eigentlich ausgeschlossen sind sie indessen durch den Zweck der Einrede auch gerade nicht, und wenigstens gegen eine accessorische Berücksichtigung derselben nach Analogie des Römischen interd. U. V. möchte sich daher wohl kaum ein gegründetes Bedenken erheben lassen.

Wenn man diesen Ausführungen zufolge das von Ps.-Isidor den angeklagten Bischöfen gegebene Klagerecht als ein possessorisches auffaßt, so sind nun die einzelnen Bestimmungen desselben folgende:

Kläger kann nur ein seines Vermögens beraubter Bischof sein, der wegen eines Verbrechens in Anklage gesetzt werden soll. Unter Bischof ist jeder zu verstehen, der im Besitze des Episcopats ist; unter Vermögen alles, was er in juristischem Besitze gehabt hat; wegen welchen Verbrechens und von wem er angeklagt werden soll, ist gleichgültig. Wesentlich ist aber, daß er seines ganzen Vermögens oder wenigstens eines großen Theiles desselben beraubt sei; nicht wegen jeder unbedeutenden Sache kann man ihm die Einrede und Klage zugestehen. Es ist das zwar nicht ausdrücklich gesagt, allein der stets wiederkehrende Ausdruck „episcopi exspoliati“ kann durchaus nicht einfach einen jeden beraubten Bischof bedeuten, sondern nur einen, der eigentlich ganz ausgeraubt, ganz ent-

blößt ist. Denn er wird den Ausdrücken „nudi“ und „inermes“ gleichgestellt [1]), und durch bonis, facultatibus, potestatibus exspoliati näher bestimmt [2]). Auch paßt der Grund der ganzen Bestimmung nicht auf die Entziehung einzelner Sachen, sondern nur des ganzen Vermögens, oder wenigstens eines großen Theiles desselben. Die Entscheidung der spätern Päpste, daß Entziehung des größern Theiles des Vermögens erforderlich sei [3]), ist daher der Idee Ps.-Isidors ganz entsprechend. Nach manchen Stellen, die „ejecti et spoliati“ mit einander verbinden, könnte man sogar zweifeln, ob die Klage nicht auf den Fall der eigentlichen Vertreibung aus dem Bischofssitze zu beschränken sei; allein dies geht nicht, da andere Stellen bloß die Spoliation erwähnen, und in einzelnen beides sehr scharf getrennt wird, so z. B. bei

Felix I. ep. 2.

— si suis fuerit rebus exspoliatus, aut, quod absit, quod alienum ab omnibus esse debet fidelibus, a sede propria ejectus.

Jedenfalls darf indessen die Beziehung der Spoliation auf das ganze Vermögen nur zur ersten Begründung der Einrede gefordert werden. Denn daß sie nach der Begründung so lange fortdauere, bis alles Entrissene ganz vollständig wieder restituirt sei, wird durch die stets wiederkehrenden Ausdrücke omnia, cuncta, integerrime, funditus auf das entschiedenste bestimmt.

Beklagter ist jeder Besitzer der spoliirten Sachen, nicht bloß der Spoliant, und ohne alle Rücksicht auf bona und mala

1) Zephyrin. ep. 2. Damasus ep. ad Afros.
2) Fabianus ep. 2.
3) C. 1. de rest. spol. VI. (Innoc. IV.) Schon von Gregor IX. erzählt Roffred (de jure pontif. lib. VI. de rest. spol.) dieselbe Entscheidung.

fides. Dieses kann gar nicht bezweifelt werden. Denn abgesehen davon, daß es stets ganz allgemein und schlechthin heißt, der Bischof könne nicht angeklagt werden, ehe er nicht alles Entrissene vollständig wieder habe, ohne die geringste Rücksicht darauf, wer die Sachen im Besitz habe, so wird auch an einigen Stellen ganz ausdrücklich gesagt, daß darauf durchaus nichts ankommen solle, so namentlich bei

Pelagius II. ep. 2.

— dum — res ab aemulis ejus vel a quibuscunque aliis non sua sponte detinentur, — non debet aliquid objici [1]).

Gegenstand der Klage sind alle dem Bischofe durch spolium entzogenen Sachen und Rechte, er soll ganz wieder in seinen frühern Zustand eingesetzt werden. Genannt werden im einzelnen zunächst der Bischofssitz selbst nebst allen dazu gehörigen Kirchen und Gemeinden (sedes cum omnibus ad se pertinentibus, status cum omni honore, ecclesiae cum omni privilegio); dann alle Sachen des Bischofes und der Kirchen, bewegliche und unbewegliche (omnes possessiones, res, suppellectilia) [2]); endlich auch alle Früchte bis zur Anklage [3]). Anderweitige Rechte, namentlich Zehnten u. dgl., sind nicht namentlich erwähnt, indessen versteht es sich ganz von selbst, daß sie durch die genannten Ausdrücke von selbst mit umfaßt sind.

Schwieriger ist die Bestimmung des Klagegrundes. Die Restitution wird im allgemeinen für die „episcopi exspoliati" verlangt. Es ist daher die Frage, was darunter zu verstehen sei. Bei den Römern bedeutet das Wort spoliare und ex-

1) Aehnlich bei Fabianus, ep. 2. — „dum res ab aemulis vel a quibuscunque detinentur.

2) Zephyr. ep. 2.

3) Euseb. ep. 2. Steph. ep. 2.

spoliare ursprünglich nichts anderes, als Jemanden die spolia d. h. die Kleidung, die Rüstung nehmen, ohne Unterschied, ob mit oder ohne Recht [1]). Der exspoliatus ist also buchstäblich der nudatus, inermis. Im weitern Sinne wird es dann auch für das Nehmen von andern Sachen, und auch von Rechten gebraucht, und zwar namentlich für das widerrechtliche, besonders das gewaltsame Nehmen. Indessen ist es doch nie zur technischen Bezeichnung eines bestimmten eigenthümlichen Delictes geworden, wie z. B. die Ausdrücke rapere, surripere, dejicere u. s. w., sondern es ist ein allgemeiner Ausdruck für Entziehung von Sachen und Rechten, wobei weniger die Art und Weise der Entziehung, als der Erfolg derselben ins Auge gefaßt wird, weshalb es bei verschiedenen Arten unrechtlicher Entziehung, ja auch bei rechtmäßiger Entziehung gebraucht wird. So wird es gleichmäßig von Raub und Diebstahl, von Unterschlagung, von Erschleichung von Geschenken, von Confiscation des Vermögens, von Entziehung der Ehre u. a. gebraucht [2]). Ganz den gleichen Standpunkt des Sprachgebrauches hat nun aber auch Ps.-Isidor. Der episcopus exspoliatus ist bei ihm nichts anderes als der nudatus, inermis, der, dem sein Vermögen von Andern entzogen ist. Er will mit dem Ausdruck nicht eine bestimmte Art der Entziehung bezeichnen, sondern nur deren allgemeines Resultat, den Zustand der durch Andere bewirkten Armuth und Hülflosigkeit. So sagt er:

Zephyrinus, ep. 2.

Nuntiatum est, — quosdam — a sedibus pelli, suaque eis auferri, et sic nudos et exspoliatos ad judicia vocari.

1) So heißt es in l. 2. de bon. damn.: Non ut quis in carcerem ductus est, spoliari eum oportet, sed post condemnationem; und in l. 14. §. 1. de praescr. verb.: Si servum — spoliaverit, isque frigore mortuus sit.
2) S. die Stellen in Dirksen's Manuale v. spoliare und exspoliare.

Julius, ep. 2.

Nemo episcopum suis exspoliatum rebus — excommunicare aut judicare praesumat, quia non est privilegium quo possit spoliari jam nudatus [1]).

Auch braucht er das Wort außer dieser Stelle fast nie anders, als in der Form episcopi exspoliati, oder si exspoliati fuerint. Auf welche Weise die Exspoliation geschehen muß, um den Restitutionsanspruch zu begründen, muß daher erst anderweitig aus andern Aeußerungen bestimmt werden. Hier sind nun die gewöhnlichen Ausdrücke, die Ps.-Isidor gebraucht, die Worte ejicere, expellere, auferre, surripere, rapere, und man würde danach ganz unzweifelhaft die Restitution auf die Fälle unmittelbarer Eigenmacht, also Raub, Diebstahl, Dejection beschränken müssen. Gewiß hat auch Ps.-Isidor diese Fälle immer als die hauptsächlichsten vor Augen. Allein in einer Stelle, aber einer Hauptstelle, die er daher auch mehrfach wiederholt, nämlich der oben besprochenen Stelle Redintegranda zeigt er doch deutlich, daß er die Restitution ganz entschieden in einem bedeutend weitern Umfange zugelassen wissen will. Denn er sagt hier:

Redintegranda sunt omnia exspoliatis episcopis, — quacunque conditione temporis aut dolo aut captivitate, aut virtute majorum, aut per quascunque injustas causas res — perdidisse noscuntur.

Dies kann gar nicht anders verstanden werden, als so: „den Exspoliirten muß Alles restituirt werden, durch welche Art Unrecht die Exspoliation auch begangen sein mag, durch welche Art Unrecht sie also ihre Sachen auch verloren haben mögen.“ Die Restitution wird ihnen also nicht nur für den Fall von

1) Ebenso Sixtus I. ep. 2.

Raub, Diebstahl, Dejection zugesagt, sondern auch bei Zwang, Betrug, ungerechtem richterlichem Urtheil u. a. Von einer Verweisung auf die einzelnen Klagerechte des Römischen Rechtes kann aber dabei keine Rede sein, sondern für alle Fälle müssen die in dem obigen ausgeführten Grundsätze über Kläger, Beklagten und den Gegenstand des Klageanspruches ganz gleichmäßig gelten. Allerdings ist das Klagerecht, welches auf diese Weise entsteht, ein sehr exorbitantes, welches im Kopfe eines Römischen Prätors oder eines Römischen Juristen wohl niemals entstanden sein würde. Allein vor einer Verletzung der civilistischen Eleganz konnte ein Mann wie Ps.-Isidor, der in der Wahl der Mittel für seine Zwecke so wenig bedenklich war, natürlich nicht zurückschrecken, sobald es galt, seine Zwecke dadurch zu fördern. Daß aber der Zweck, den er bei der exc. spolii hatte, wenn er ihn vollständig erreichen wollte, eine Ausdehnung der Restitution über die bloße Gewalt hinaus forderte, liegt am Tage. Namentlich konnte er auf den Unterschied von unmittelbarer Gewalt und Zwang unmöglich irgend ein Gewicht legen, da beides im Leben dem praktischen Resultate nach fast gleichsteht, und wer die Macht zur gewaltsamen Vertreibung eines Andern aus einem Besitze hat, in der Regel eben so gut ihn auch zur Herausgabe zwingen kann. Noch mehr mußte er die Entziehung durch ungerechtes Urtheil, d. h. durch ein von einem incompetenten Richter oder nicht in der Form Rechtens gefälltes Urtheil, mit in die Restitution hereinziehen, da es ja gerade eine Haupttendenz bei ihm war, die Jurisdictionsverhältnisse für die Bischöfe zu ändern, und den Einfluß der bisherigen weltlichen und geistlichen Gerichte aufzuheben [1]).

1) Dieser Fall wird daher auch mehrfach besonders hervorgehoben, z. B. Sixt. II. ep. 2. — „fratres, quos timore terreno injuste damnastis, esse restitutos" — Jul. ep. 1.

Was endlich die Einreden betrifft, so ist hiervon nirgends im geringsten die Rede. Nur scheint man die Worte „quacunque conditione temporis“ in der obigen Stelle fast nicht anders, als von einer Ausschließung der Verjährung verstehen zu können.

§. 20.

Verbreitung der Spolieneinrede nach Pseudo-Isidor.

Die allmählige Verbreitung der exc. spolii im IX. bis XII. Jahrhunderte hat im allgemeinen keinen andern Gang gehabt, als die der Ps.-Isidorischen Decretalen überhaupt. Indessen sind doch folgende einzelne Angaben und Nachrichten darüber zusammenzustellen.

In den kirchenrechtlichen Sammlungen des neunten Jahrhunderts findet sich die exc. spolii bei Benedictus Levita, in den sogenannten Additionen zu dessen Werke, und in den Capiteln des Erzbischofes Herard von Tours [1]). Der letztere hat ihren Grundsatz nur kurz in selbstgemachter Form; in den beiden andern Sammlungen finden sich dagegen die beiden aus Cassiodor und aus dem Römischen Concil von 501 verfälschten Stellen, die bereits in den Hadrianischen Capiteln standen. Da Benedict außerdem keine Stelle darüber hat, und sein Text auch von dem bei Ps.-Isidor abweicht, so muß man wohl annehmen, daß er Ps.-Isidors Sammlung nicht vor sich hatte [2]). Höchst auffallend ist dann aber, daß er die Stelle aus der Römischen Synode zweimal bringt, und zwar das zweitemal mit der oben S. 139—140. N. 1 besprochenen Einleitung, die sich

1) Bened. II. 381. III. 116. 153. Addit. IV. 3—5, 17. Her. c. 71.
2) Dies thun auch Eichhorn, Kirchenrecht B. 1. S. 157. Wasserschleben, Beitr. S. 59.

in den Hadrianischen Capiteln nicht findet, sondern nur bei Ps.-Isidor, aber freilich bei diesem auch anders als bei Benedict. Wenn man nicht annehmen will, daß Benedict selbst auch verfälscht habe, so muß man fast annehmen, daß außer den Hadrianischen Capiteln und den Ps.-Isidorischen Decretalen noch eine dritte Sammlung falscher Decretalen existirte. Diese Annahme findet auch darin noch eine Unterstützung, daß Benedict in II, 337. auch das oben berührte Schreiben des Papstes Leo an die Synode von Chalcedon mit einer kleinen Verfälschung, wodurch es eine Beziehung auf die exc. spolii erhält [1]), aufführt, was sich weder bei Hadrian noch bei Ps.-Isidor findet. Bei den Additionen ist merkwürdig, daß der Verfasser bei der Stelle aus Cassiodor diesen selbst vor sich hatte, und einen Auszug aus dem ganzen betreffenden Capitel giebt, dennoch aber die auf die exc. spolii bezogenen Worte nicht in Cassiodor's Urtext, sondern in Hadrian's Verfälschung giebt, und selbst zu den Worten „episcopi decreverunt" noch hinzu fälscht „juxta priores canones."

Auch von den ersten praktischen Anwendungen der exc. spolii im IX. Jahrhunderte sind uns einige bekannt. Namentlich hat Wasserschleben nachgewiesen [2]), wie die Fränkischen Bischöfe bei ihrer Opposition gegen die Ps.-Isidorischen Grundsätze sich insbesondere gegen die Anwendung der exc. spolii auf die von Synode und Metropoliten abgesetzten Bischöfe wehrten. Der Erfolg war freilich verschieden. Die Absetzung des Bischofes Rothad von Soissons, die der Erzbischof Hincmar von Rheims vorgenommen hatte, wurde vom Papste Nicolaus für ungültig erklärt, und Rothad durch eine Decretale

1) Bei den Worten „illis oportet jus reformari" schiebt er das Wort „prius" ein.

2) Beiträge S. 70 ff.

vom J. 865 [1]) einstweilen restituirt. Dagegen drang Nicolaus bei der Absetzung der Bischöfe Ebo von Rheims und Hincmar d. J. von Laon gleichfalls durch Hincmar von Rheims gegen diesen nicht durch. Dazu kommen noch folgende weitere Fälle. Aus c. 10. C. 3 qu. 6. sehen wir, daß Nicolaus in einem Falle, wo mehrere Bretagnische Bischöfe ohne Päpstliche Genehmigung abgesetzt und vertrieben waren, vom König Salomo III. von der Bretagne keine provisorische Restitution zu verlangen wagte, sondern nur einfache Wiederholung des Processes forderte. Dagegen finden sich in c. 3. C. 3. qu. 2. und c. 3. C. 6. qu. 3. zwei Decretalen von Nicolaus und Stephan V., worin die provisorische Restitution spoliirter und angeklagter Bischöfe befohlen wird, ohne daß wir jedoch irgend etwas über die nähern Umstände der Fälle wüßten. Auch von niedern Clerikern finden sich zwei Fälle. Einer gleichfalls von dem Erzbischofe Hincmar von Rheims. In der Historia eccles. Remensis [2]) kommt nämlich ein Brief von Hincmar an einen Archipresbyter, worin er diesem aufträgt, einen gewissen angeklagten und spoliirten Presbyter nicht vor der Restitution seiner sämmtlichen Sachen zur Verantwortung zu ziehen, zugleich es ihm aber zur Pflicht macht, selbst für diese Restitution zu sorgen, auch wenn die Wegnahme der Sachen auf Befehl des Comes geschehen sei. Im Gegensatze dazu steht eine Decretale von Papst Alexander III. in c. 11. C. 2. qu. 5. Ein Presbyter war in den Verdacht gekommen, seinen Bischof ermordet zu haben, doch wagte Niemand mit einer förmlichen Anklage gegen ihn aufzutreten. Dennoch war er der Infamation wegen suspendirt und dabei spoliirt. Alexander decre-

1) c. 13. C. 2. qu. 6.
2) Flodoardus, hist. eccles. Remensis. III. 28.

tirt darauf, wenn gar kein bestimmter Ankläger gegen ihn auftrete, so müsse man ihm das sacerdotium, seine beneficia und alles, was er sonst verloren, wieder restituiren. Darin liegt, daß für den Fall einer Anklage die Restitution aufgeschoben werden müsse. Endlich ist hier noch c. 3. und 4. C. 37. qu. 2. zu berühren. In dem berühmten Ehescheidungsprocesse des Königs Lothar II. von Lothringen und seiner Gemahlin Dietberge hatte Lothar Dietbergen gefangen gesetzt, um sie zu falschen Geständnissen gegen sich selbst zu zwingen [1]). Lothar's Bruder, Karl der Kahle, und Papst Nicolaus nahmen sich aber der Sache Dietbergens an, und bei den Verhandlungen darüber richtete Nicolaus ein Schreiben an Karl, welchem der c. 4. cit. entnommen ist [2]), und worin es unter anderem heißt:

— nulla ratio patitur, Thietbergam cum Lothario posse inire conflictum, nisi prius fuerit reddita suae potestati.

Mit dieser Stelle hat nun Gratian in c. 3. die oben besprochene Stelle aus Ps.-Isidor's Vorrede in Verbindung gesetzt, indem er ihr gleichfalls die Ueberschrift „Nicolaus Papa Carolo regi" gab. Ob dabei Irrthum oder Fälschung zu Grunde lag, wissen wir nicht [3]); jedenfalls aber begründete er dadurch die Annahme, daß Nicolaus bei jenen Worten eine Anwendung der exc. spolii im Sinne gehabt habe, indem er die Gefangensetzung Dietbergens als eine Spoliation ihrer Freiheit angesehen habe [4]). Indessen haben bereits die Römischen Correctoren des Decrets die Unrichtigkeit der Ueberschrift aufgedeckt, und damit eigentlich jeden Grund zu jener Annahme aufge-

1) S. darüber c. 4. C. 31. qu. 2.

2) Der ganze Brief steht außer in der Sammlung der Briefe von Nicolaus auch in Harduin's Acta concil. T. V. p. 271—4.

3) Bei Burch. Worm., der IX. 49—53. gleichfalls viel aus jenem Briefe hat, findet sich die Stelle aus Ps.-Isidor nicht.

4) Schon die Glosse zum Decret faßt die Stelle so auf.

hoben, da in den Worten des c. 4. selbst wie in dem ganzen übrigen Briefe ein solcher in keiner Weise liegt.

Vom X. Jahrhunderte an findet sich die exc. spolii fast in allen Sammlungen von Päpstlichen Decretalen [1]), ohne daß man jedoch daraus irgend nähern Aufschluß über ihre Auffassung und Behandlung bekäme. Fälle der wirklichen Anwendung aus dieser Zeit habe ich nicht auffinden können. Dagegen ist die Bestimmung des Lateranensischen Concils vom J. 1059 hier zu erwähnen [2]), daß wenn sich Jemand gegen die Bestimmungen des Concils über die Papstwahl per seditionem vel praesumtionem in den Besitz des Päpstlichen Stuhles setze, die Cardinäle das Recht haben sollen, ihn ohne weiteres daraus zu vertreiben, „nec aliqua super hoc ei audientia reservetur."

§. 21.

Gratian's Decret.

Gratian's Decret ist für die Besitzlehre fast nur durch die Aufnahme der Ps.-Isidorischen Bestimmungen über die exc. spolii wichtig. Die übrigen wenigen Stellen, die den Besitz berühren, sind ohne sonderliche Bedeutung. Was aber die exc. spolii betrifft, so hat Gratian diese im Ganzen ziemlich vollständig aufgenommen, so daß man ihre eigentliche Bedeutung noch recht wohl aus ihm erkennen kann, auch scheint es, als ob er selbst sie ganz richtig aufgefaßt habe. Dennoch aber hat gerade er durch die Art ihrer Aufnahme den Grund zu allen spätern Mißverständnissen gelegt. Der Hauptfehler, den

1) Z. B. Burch. I. 141—4. Anselm. III. 44—53. 63. 84. Ivo, decr. 246—9. 255. 257. panorm. IV. 44—52.

2) C. 1. §. 7. D. 23. Mit anderer Fassung steht die Bestimmung auch in c. 9. D. 79.

er beging, lag darin, daß er die Stellen von Ps.-Isidor, die er aufnehmen wollte, nicht einfach neben einander stellte, so daß man dadurch ein einfaches Gesammtbild von dem ganzen Institute bekommen hätte, sondern daß er dieselben getrennt an zwei verschiedene Stellen setzte, und zwar auf eine Weise, daß man dabei fast nothwendig zwei verschiedene Standpunkte annehmen mußte. Seine Anordnung ist nämlich folgende. In der zweiten und dritten Causa des zweiten Theiles stellt er folgende zwei Rechtsfälle auf:

C. 2. Quidam episcopus de lapsu carnis a laico impetitur, — tres ex testibus deficiunt, — exspoliatur tamen episcopus, quia crimen ejus notorium erat.

C. 3. Quidam episcopus a propria sede dejectus est; petit restitui; post restitutionem ducitur in causam etc.

Unter den Quaestiones, die er daraus zieht, um die einzelnen Canones danach zu ordnen, ist nun bei dem ersten Falle folgende:

Secundo quaeritur, an exspoliatus ab aliquo sit judicandus?

bei dem zweiten folgende:

Primo quaeritur, an restitutio danda sit quibuslibet exspoliatis?

Er beantwortet dann beide so:

Quod exspoliatus ante judicem stare non possit, multis auctoritatibus probatur; ait enim Johannes papa etc.

Quod restitutio quibuslibet danda sit, multis auctoritatibus probatur; ait enim Cajus papa etc.

worauf bei beiden sechs Stellen über die Einrede aus Ps.-Isidor folgen. Außerdem kommen auch noch in C. 3. qu. 2. mehrere Stellen über die Einrede vor, und dazu kommt dann endlich noch die Stelle aus Ps.-Isidor's Vorrede in c. 3. C. 33. qu. 2.

Offenbar kann man nun hier die Trennung jener beiden

Quästionen vernünftiger Weise fast gar nicht anders auffassen, als so, daß in der einen von einer Einrede, in der andern von einer selbstständigen Klage die Rede sein soll. Dies wird noch weiter dadurch unterstützt, daß Gratian bei dem zweiten Falle gerade in der Hauptstelle die Beziehung auf die vorgängige Anklage und die Einrede dagegen ganz weggelassen hat. Im canon 3. nämlich, der die oben mehrfach besprochene Stelle:

Redintegranda sunt omnia exspoliatis — ante accusationem vel regularem ad synodum vocationem eorum.

enthält, fehlen die Schlußworte von ante an bei Gratian vollständig [1]). Was der Grund dieser Auslassung sei, ob Versehen oder Absicht, oder Fehler von Gratian's Quellen, läßt sich nicht entscheiden. Jedenfalls erhielt die Stelle aber dadurch eine ganz veränderte Bedeutung. Sie erscheint nun als das einfache Gebot, den Exspoliirten müsse auf Anordnung der Kirche alles Entzogene restituirt werden, und dient somit zur Bestätigung der Annahme, daß die ganze Quaestio überhaupt nur von einem einfachen selbstständigen Klagerechte der Exspoliirten zu verstehen sei, im Gegensatze zu der qu. 2. der C. 2., welche von der den Exspoliirten zustehenden Einrede handle. Eine Folge dieser Annahme ist dann aber, daß nun die Klage überhaupt ohne Verbindung mit der Einrede erscheint, daß man daher die Einrede als eine einfache dilatorische auffassen muß, dahin gehend, daß der Angeklagte eine Frist zur Anstellung seiner Restitutionsklage bekomme. Damit verschwindet dann zugleich die besondere Beziehung des Restitutionsanspruches auf die über die Anklage entscheidende Synode. Dazu kommt

1) Erst die Römischen Correctoren des Decrets haben sie wieder hinzugefügt.

ferner, daß der allgemeine Ausspruch bei C. 2. qu. 2., der Erspoliirte könne nicht ante judicem stare, Anlaß giebt, die Einrede auch auf Civilklagen zu beziehen, was wieder dadurch unterstützt wird, daß gerade die erste darunter gesetzte Stelle die ist, worin es nicht „ante accusationem“, sondern „ante litis contestationem restituat“ heißt. Ist man aber erst so weit, so ist nun natürlich gar kein Grund mehr da, die ganze Bestimmung auf Bischöfe zu beschränken, und nicht vielmehr ganz allgemein zu nehmen, um so weniger, da Gratian ja in c. 3. C. 33. qu. 2. die Stelle aus Ps.-Isidor's Vorrede, wonach die exc. spolii eigentlich aus dem weltlichen Rechte stammt, aufgenommen hat.

Diese ganze Auffassung mit ihrer ganzen Consequenz hat die Canonistische Theorie und Praxis, wie sich später zeigen wird, wirklich angenommen, und dadurch aus der exc. spolii Ps.-Isidor's so ganz andere Dinge herausgebracht, als sich Ps.-Isidor selber irgend dabei gedacht hatte. Daß aber Gratian selber schon diesen Standpunkt gehabt habe, muß man bestimmt läugnen. Denn daß er auch bei der C. 3. qu. 1. durchaus nur an eine Einrede, nicht an eine selbstständige Klage denkt, zeigen nicht nur die beiden ersten Stellen, die rein nur die Ps.-Isidorische Einrede enthalten, sondern noch mehr die beiden Zusätze, die er bei der quaestio macht. Nach der zweiten Stelle fügt er nämlich zur Einleitung in die dritte Stelle den Satz ein:

> Sed notandum est, quod sola restitutionis sententia non sufficit, nisi *praesentialiter* omnia restituantur, — unde Joannes papa scribit etc.

Dieser Satz hätte bei einer selbstständigen Restitutionsklage gar keinen Sinn, sondern kann nur bedeuten, daß die Einrede nicht durch die bloße Zuerkennung, sondern erst durch die wirkliche

Ausführung der Restitution erledigt wird. Vielleicht hat Gratian daher auch in dem folgenden c. 3. die Schlußworte ante accusationem etc. gerade nur deshalb weggelassen, weil er das Hauptgewicht auf die Anfangsworte:

Redintegranda sunt omnia *praesentialiter* —

legte. Fast noch beweisender ist die Schlußbemerkung Gratian's, in welcher er gewissermaßen den Inhalt aller genannten Stellen noch einmal zusammenfaßt, indem er sagt:

Patet ergo, quod exspoliati prius sunt praesentialiter restituendi, antequam ad causam sint vocandi. — Si episcopi a sedibus ejecti fuerint, restituendi sunt ante regularem ad synodum vocationem.

Darüber, daß es bei der ganzen Bestimmung nur auf Besitz, nicht auf wirkliches Recht des Spoliirten ankomme, hatte übrigens schon Gratian keinen Zweifel. Er macht sich zwar in dem letzten Zusatze zu C. 3. qu. 1. selbst den Einwand:

Sed objicitur, ubi non fuit legitima institutio, ibi non potest esse restitutio; non enim probatur destitutus, qui non est institutus. Illi ergo, quorum electio vitiosa est, — vel qui per simoniam irrepserunt, non sunt habendi inter episcopos, et ideo si a sedibus, quas tenere videbantur, expulsi fuerint, non possunt restitutionem petere, unde supra c. 9. D. 79. dictum est: „si quis etc."

Allein er beseitigt diesen sogleich selbst, indem er sagt:

Sed hoc in eo tantum casu intelligitur, quo *apostolica sedes* per violentiam occupatur, — in aliis autem locum non habet, quum violenta possessio nisi per judicis sententiam violento detentori detrahi non possit.

§. 22.

Die Glosse zum Decret.

Gratian hatte durch seine Bemerkungen den Fehler, den er durch seine Anordnung begangen hatte, nicht wieder gut gemacht, und die Mißverständnisse, zu denen diese Veranlassung gab, nicht wieder beseitigt. Dieses zeigt bereits die Glosse zum Decrete vollständig. Die ganze Reihe von Mißverständnissen, die im vorigen §. angedeutet wurden, finden sich hier bereits sämmtlich vor. So bemerkt die Glosse zunächst in Betreff der Trennung der beiden Quästionen bei C. 2. qu. 2.:

> Haec est differentia inter qu. istam et illam, quae est C. 3. qu. 1; hic petitur restitutio in modum exceptionis, ibi in modum actionis.

und bei C. 3. qu. 1.:

> Hic agitur, an spoliatus sit restituendus, sed supra C. 2. qu. 2. agebatur, an spoliatus esset in jus vocandus.

Sie trennt daher die Einrede vollständig von der Klage, und bemerkt daher bei c. 1. C. 2. qu. 2., wo es heißt, daß die Primaten den Exspoliirten restituiren sollen:

> Tamen si in modum exceptionis probatur spoliatio, non ideo fit restitutio.

Ja bei der Klage selbst dreht sie eigentlich das Verhältniß der Restitution und der Anklage geradezu um, indem sie zu der Einleitung von C. 3. qu. 1. sagt:

> Est regulare, quod spoliatus — semper est restituendus, non obstante exceptione criminis.

Eine Folge dieser Trennung der Klage und Einrede ist, daß bei c. 2. C. 3. qu. 1. die Frage aufgeworfen wird:

> Quid, si nunquam velit petere restitutionem, ut sic non puniatur de crimine? Dicerem, quod in tali casu possit

accusari ante restitutionem; ne fraus ei sit lucrosa.

Ebenso ist die Beziehung der Einrede auf Civilklagen in der Glosse zu c. 1. C. 2. qu. 2. bereits vollständig da, und von einer Beschränkung der ganzen Bestimmung auf Bischöfe ist keine Rede.

Eigenthümlich ist die Behandlung der Restitutionsklage. Die Stelle Redint. mit ihrer durch die Auslassung des ante etc. entstandenen absoluten Fassung verfehlte nicht ihre Wirkung zu äußern, aber doch in einer ganz eigenen Weise. Zunächst wird bei der Einleitung zu C. 3. qu. 1. der allgemeine Satz ausgesprochen:

Est regulare, quod spoliatus ab alio quam a judice, vel a judice sine ordine juris, semper statim est restituendus.

Allein es wird dieses nicht einfach auf den c. Red. gestützt, sondern hinzugefügt:

Hoc autem scias, quod quatuor sunt auxilia producta, per quae petitur restitutio, actio, interdictum, condictio ex canone, judicis officium.

Darunter sind die actio doli und metus, das interd. unde vi, die Klage aus dem c. Red. 1), und die Prätorische Restitution gemeint. Die Klage aus dem can. Red. wird also den Römischen Rechtsmitteln auf Restitution verlorener Sachen zunächst einfach angereiht. Wie man sie indessen diesen gegenüber auffaßte, zeigt dann die Glosse zu dem canon selber. Nachdem hier erst jene Klagen wiederholt sind, und dabei namentlich bemerkt ist, daß die act. metus gegen jeden Besitzer gehe, wird hinzugefügt:

Cum autem hic canon aequiparet dolum, metum, vel violentiam, videtur quod condictione ex hoc canone quilibet possidens possit conveniri.

1) Die Bezeichnung „condictio ex canone“ beruht auf l. un. D. de condictione ex lege.

Daraus sieht man, daß man die Stelle wirklich so auffaßte, wie man es der Form nach, in der man sie durch Gratian vor sich hatte, in der That kaum anders konnte, nämlich als die einfache Vorschrift, daß wer eine Sache durch fremdes Unrecht irgend einer Art verliere, stets unbedingt Restitution derselben verlangen könne. Die condictio, die man daraus entnahm, vereinigte also die Grundsätze und namentlich die Vortheile der einzelnen Römischen Klagen sämmtlich in sich. Sie stand ihnen daher eigentlich auch nicht einfach zur Seite, sondern machte sie vielmehr alle ganz entbehrlich. Indessen läßt sich die Glosse auf diese Consequenz noch nicht ein. Eben so wenig giebt sie eine eigentliche weitere Detailausführung des Klagerechtes. Doch sieht man aus der Glosse zu Gratian's Einleitung zu C. 3., daß man die Klage zwar auf bloßen Besitz gründete, aber bei der Detention für andere ausschloß, bloß detinirte Sache wenigstens nur accessorisch wie beim interd. U. V. in die Klage aufnahm [1]), und daß man ferner aus einer Reihe von andern Stellen des Decrets meistens durch die willkürlichste und kritikloseste Interpretation eine ganze Menge Ausnahmsfälle für dieselben ableitete.

Somit hatte also die Theorie des Canonischen Rechts gleich in ihren ersten Anfängen die Reihe der Irrthümer, zu denen Gratian durch die Art der Aufnahme der Ps.-Isidorischen Bestimmungen wider seinen Willen die Veranlassung gegeben hatte, ziemlich bis auf den Boden hin ausgeschöpft; und damit hatten denn Fälschung, Nachlässigkeit und Unverstand durch einträchtiges Zusammenwirken einen Knoten zusammengeschürzt, der sich zwar leicht immer fester zuziehen ließ, an dessen Auf-

1) — non obstante exceptione non canonicae institutionis —. Fallit in casu si possedit ut colonus, ut l. 18. de vi. — Omnia, etiam deposita, ut l. 1. §. 33. de vi.

lösung aber eine ganze Reihe von Jahrhunderten zu arbeiten hatte.

Außer der exceptio und actio spolii ist noch der Besitz der Rechte hier zu erwähnen. Dieser ist in der Glosse bereits in der größtmöglichsten Ausdehnung angenommen, und es werden auch soweit als möglich die Spoliationsgrundsätze darauf angewendet. Speciellere Ausführungen über denselben finden sich zwar nicht, namentlich ist die Ausdehnung der Anwendung desselben nirgends näher bestimmt. Daß man aber dabei so weit als irgend möglich ging, zeigt z. B. die Glosse zu c. 5. C. 2. qu. 2., die zu den Worten „omnia jura restituantur" die Bemerkung macht:

> Etiam incorporalia, et etiam communio hominum est restituenda, si est injuste excommunicatus, quia verbum restituendi plenam et perfectam habet significationem.

Für den Begriff der possessio communionis stützte man sich namentlich auf c. 5. D. 84., wo der Papst Syricius (a. 385) den Ausdruck „communionem poterit possidere", natürlich ohne Zusammenhang mit der Besitzlehre, gebraucht, die Glosse aber die Bemerkung macht:

> Est argumentum, incorporalia possideri, et ita facit ad hoc, quod restitutio communionis possit peti, ut aliarum rerum.

Namentlich ausgebildet ist der Besitz bei der Ehe. Hier muß die Anwendung der Begriffe von Petitorium und Possessorium, Spoliation und Restitution, bereits im XII. Jahrhunderte vollständig entwickelt sein. In der Glosse finden sich zwar nur einzelne Andeutungen, wie z. B. bei c. 3. C. 33. qu. 2.:

> Ex quo ergo mulieri primo restituuntur res suae, multo potius vir est ei restituendus.

oder bei c. 17. C. 27. qu. 2.:

> Hic petitorio agebatur, et ideo excipit maritus de forni-

catione, alias primo restitueretur, — hic referebatur quaestio, quomodo ipsa non erat spoliata, quia ejus voluntate intrasset religionem.

Allein schon diese lassen auf eine weitere Grundlage schließen. In vollständiger Ausbildung findet sich aber die ganze Lehre in der Summa de matrimonio von Tancred, die im ersten Jahrzehnd des XIII. Jahrhunderts, also noch vor der Glosse in ihrer jetzigen Form geschrieben ist. Hier findet sich im 33sten Titel bei der Darstellung der Eheklagen die Unterscheidung von Possessorium und Petitorium vollständig ausgeführt, und zwar mit einer Bestimmtheit, daß die einfache Anführung der ganzen Stelle ohne allen weitern Commentar genügen wird, um ein deutliches Bild von der ganzen Auffassung zu geben:

Per libellum ostenditur, an ille qui agit velit intentare petitorium vel possessorium, i. e. an mulier dicat aliquem suum esse maritum, et petat eum sibi adjudicari in maritum, quod est agere petitorio, quasi agat de proprietate; an vero petat eum sibi restitui, tanquam injuste sit ab eo dimissa, quem dicit suum esse maritum, et hoc est agere possessorio, quoniam petit possessionem viri sibi adjudicari, de qua dicit se injuste expulsam. Et secundum diversitatem istarum petitionum diverso modo est agendum, quoniam si mulier agit petitorio, et ille negat et excipit aliquod legitimum impedimentum, prius tractabitur exceptio mariti; si vero mulier agat possessorio, licet maritus dicat „non potes mea esse uxor, quoniam consanguinitas est inter nos“, vel aliquod aliud impedimentum objiciat, prius debet fieri restitutio ipsi mulieri, quam de exceptione viri cognoscatur, — dummodo probet, se in possessione fuisse, et a viro privatam possessione sine juris ordine.

§. 23.

Die Decretalen des zwölften und dreizehnten Jahrhunderts. Sachenbesitz.

Das zwölfte und dreizehnte Jahrhundert sind die eigentliche Blüthezeit der Macht der Kirche und der Päpste. Es ist dies daher auch die Zeit, in der die Rechtsbildung der Kirche ihren Höhepunkt erreicht, und die Grundlagen, die die frühern Jahrhunderte gelegt hatten, zu der Entwicklung bringt, in der sie dann in das weltliche Recht übergehen, und neben dem Römischen und Germanischen Rechte einen Grundbestandtheil desselben bilden. Auch für die Lehre vom Besitze ist diese Zeit von besonderer Wichtigkeit. Doch ist es besonders der Besitz der Rechte, in welchem sie eine eigentlich bedeutende Ausbildung des Rechtes hervorbringt. Beim Besitze der Sachen sieht man dagegen eigentlich die Erwartungen, die man aus der vorhergehenden Zeit mitbringt, getäuscht. Nach der Richtung, die die Auffassung der Pſ.-Iſidoriſchen Beſtimmungen von Anfang an nahm, erwartet man eigentlich, daß die Päpste auch hier die ihnen dargebotene Grundlage eines vom Römischen Rechte abweichenden Systemes des Besitzesschutzes annehmen, weiter ausbilden und fester ordnen würden; um so mehr, als der Gang der nachfolgenden Theorie und Praxis zeigt, wie sehr die dabei zu Grunde liegenden Ideen dem Geiste und Bedürfnisse jener Zeiten zusagten. Allein es findet sich dieses durchaus nicht bestätigt. Vielmehr scheint hier die fertige und abgeschlossene Ausbildung des Römischen Rechtes den Ideen der Zeit gegenüber eine gewisse Macht ausgeübt zu haben, die man nicht zu überwinden vermochte; anders als beim Besitze der Rechte, wo die Unvollständigkeit und Dürftig-

keit des Römischen Rechtes eine freiere Rechtsbildung sowohl gestattete als forderte.

Ganz frei erhielten sich die Päpste indessen auch beim Besitze der Sachen von der Theorie ihrer Zeit keineswegs. So ist namentlich ihre Auffassung der exc. spolii ganz dieselbe, wie die der Glosse zum Decrete. Die Trennung der Klage von der Einrede, die Zulassung derselben bei Civilklagen, die Anwendung auf alle Geistliche und auch auf Laien findet sich auch hier vollständig. In der ersten Beziehung namentlich sagt Innocenz III. in c. 2. X. de ord. cogn. [1]) bei einer Civilklage:

> — distinguendum est, utrum spoliationis quaestio sit objecta in modum actionis ad restitutionem petendam, an in forma exceptionis ad intentionem adversarii repellendam; quum ea in modum actionis proposita sit, intelligantur mutuae petitiones — eadem sententia terminandae. Verum spoliatione in modum exceptionis tantum probata non est per hoc restitutio facienda.

Er unterscheidet also sehr scharf, ob der Beklagte die Spoliation als Einrede oder als Widerklage geltend mache, nur im letztern Falle könne der Richter auf Restitution erkennen. Da aber über die Widerklage wie immer erst im Endurtheile erkannt werden soll, so kann die von Ps.-Isidor beabsichtigte Wirkung der Einrede auch nicht einmal durch Verbindung der Widerklage mit der Einrede erreicht werden.

Daß bei dieser Ausdehnung und Behandlung der Einrede dieselbe zu unendlichen Chicanen benutzt werden konnte, versteht sich von selbst. Deshalb klagt denn auch schon Innocenz IV.:

1) Ich citire die Decretalen stets nach der Ausgabe des Corp. jur. can. von Richter, und natürlich unter Mitberücksichtigung der restituirten Worte.

Frequens et assidua nos querela circumstrepit, quod spoliationis exceptio in judiciis calumniose proposita causas impedit et perturbat.

und er erließ daher auf dem Concilium von Lyon vom Jahr 1245 die bekannten Bestimmungen über die exc. spolii, die in c. 1. de rest. spol. in 6to stehen, nämlich:

1) in civilibus negotiis spoliationis objectu, quae ab alio, quam ab actore facta proponitur, judex procedere non postponat;

2) si se spoliatum reus asserat, infra XV dierum spatium quod asserit comprobabit;

3) illum spoliatum intelligi in hoc casu, cum criminaliter accusatur, qui tota sua substantia vel majori parte ipsius se per violentiam destitutum affirmat;

4) si spoliatus de spoliatione contra suum accusatorem excipiat, ei tempus a judice debet indulgeri, infra quod restitutionem imploret; quodsi infra tempus indultum non petierit, deinceps poterit accusari.

Damit war denn die vollständige Trennung der exc. spolii von dem Restitutionsanspruche gesetzlich festgestellt, und sie steht daher von hier an außerhalb des Kreises der Untersuchungen der vorliegenden Schrift. Nur das ist hier noch hervorzuheben, daß die Beziehung der exc. spolii auf bloßen Besitz im Gegensatz gegen wirkliches Recht ausdrücklich ausgesprochen wurde von Alexander III. in c. 5. X. de rest. spolii [1]):

Super illa quaestione, scil. quum quis dicit se de possessione violenter ejectum, et adversarius dicit, eum non fuisse canonice institutum, respondemus, prius de violenta

1) Daß sich die Stelle auf die exc. spol. bezieht, zeigt das folgende c. 6, welches ursprünglich mit c. 5 zusammenhing.

ejectione, quam de canonica institutione agi debere, quia praedo etiam est secundum rigorem juris restituendus [1]).

Während auf diese Weise bei der exc. spolii die Päpste die Ansichten der Theorie ihrer Zeit theilten, stehen sie bei der Behandlung der Klagerechte aus Spoliationen in entschiedenem Gegensatze zu denselben, indem sie sich rein an das Römische Recht hielten, und die neue condictio ex c. Red. nicht anerkannten. Wir haben zwar in den Decretalen keine bestimmte Erklärungen darüber; allein abgesehen davon, daß Innocenz IV. wenigstens in seinem Commentare zum Liber extra sich ausdrücklich auf diese Weise erklärt, wie unten näher nachzuweisen ist, so tritt auch wenigstens indirect ihre Ansicht hinreichend deutlich hervor. Der Unterschied zwischen der condictio ex c. Red. und dem interd. U. V. lag der oben gegebenen Ausführung zufolge hauptsächlich in der Zulassung der cond. gegen dritte Besitzer, und in der Ausdehnung ihres Klagegrundes von Gewalt auf Zwang, Betrug, widerrechtliches Urtheil u. s. w. Was davon zunächst das letztere, den Klagegrund betrifft, so spricht sich hier der Standpunkt der Päpste schon ziemlich bestimmt darin aus, daß im Liber extra neben dem Titel de restitutione spoliatorum noch zwei eigene Titel de dolo und de his quae vi metusve causa fiunt stehen, und in dem letztern zwei Stellen, c. 2. und 4., die ganz einfach die Restitution von abgezwungenen

1) In c. 2. X. Coll. II. de rest. spol. findet sich zwar eine Entscheidung von demselben Papste Alexander, worin es heißt: — si constiterit, praedictum R. in ecclesia *fuisse canonice institutum* et injuste spoliatum — restitui faciatis. Indessen wird man darin keinen Widerspruch mit der obigen Stelle sehen dürfen. Denn da es im Anfange der Stelle heißt: Conquestus est R., quod cum ecclesiam de A. canonice adeptus fuisset, et eam postea per oppressionem H. injuste amisit — so muß man sie entweder auf das petitorium beziehen, oder eine unpassende Formulirung des Urtheils nach der Klage darin sehen. In Gregor's Liber X. ist die Stelle daher auch nicht aufgenommen.

Sachen zum Gegenstande haben, und von denen daher auch die eine in den ersten Decretalensammlungen nach dem Decrete (dem App. Lateran. conc. und der Böhmer'schen Sammlung) in den Titel de rest. spol. gesetzt war. Darin liegt, daß man die Klagen aus Zwang und Betrug von der aus Gewalt ganz trennte, und den Begriff der Spoliation auf die letztere beschränkte. Dieses wird auch dadurch bestätigt, daß sämmtliche Stellen im Titel de restit. spol. nur von Spoliation durch Gewalt, oder beim Besitze von Rechten wenigstens durch unmittelbare Eigenmacht reden, und daß es in c. 1. de rest. spol. in 6to allgemein heißt:

— illum spoliatum intelligi, qui — se *per violentiam* destitutum affirmat;

und in c. 5. X. de causa possessionis:

— Contingit aliquando, ut is, — qui se asserit spoliatum, — litem proprietatis ingrediatur, de illata sibi *violentia* nullam mentionem faciens;

Nur darüber könnte man zweifeln, ob unter der violentia wie im Römischen Rechte vis atrox zu verstehen sei, oder nicht überhaupt Eigenmacht, da beim Besitze der Rechte, wie sich später zeigen wird, ganz entschieden keine eigentliche Gewaltthätigkeit zur Begründung einer Restitutionsklage nothwendig ist.

Die Zulässigkeit der Spoliationsklage gegen dritte Besitzer kommt im allgemeinen in drei Stellen zur Sprache. Zuerst kommen in c. 2. X. de ord. cognit. in der Relation des darin entschiedenen Processes die Worte vor:

— fuit replicatum, quod — ab eo restitutio peti non poterat, quia non fuerat spoliator, — et judicium restitutorium contra spoliatorem tantum competere dignoscitur.

In der Entscheidung ist jedoch auf diesen Punkt nicht einge-

gangen, so daß die Worte nur zeigen, daß die Partei wenigstens mit diesem Grundsatze beim Päpstlichen Gerichte durchzubringen hoffte. Die zweite Stelle ist c. 15. X. de rest. spol. Es ist darin folgender Fall behandelt. Der Nuntius des Bischofes von Cumä hatte den Johanniter-Rittern eine in der Diöcese des Bischofes liegende Kirche und ein Spital mit Gewalt genommen. Später hatte der Bischof selbst den Besitz erhalten, und war daher von den Rittern auf Restitution verklagt. In erster Instanz war er verurtheilt. Innocenz III. spricht ihn aber frei, indem er sagt:

— quum nobis constare non potuerit, quod episcopus spoliaverit vel mandaverit spoliari, vel spoliationem factam saltem ratam habuerit, pronuntiavimus, interdictum U. V. locum nullatenus habuisse.

Hier wird also die Haftung des dritten Besitzers auf Grund des Römischen Rechtes entschieden verworfen. Zwar haben die ältern Interpreten die Stelle häufig daraus erklären wollen, daß die Johanniter eben unklugerweise mit dem Interdicte und nicht mit der condictio ex c. Red. geklagt haben. Allein wenn auch eine solche Unterscheidung den Theorien jener Zeit ganz entspricht, so kann man sie doch hier, wo sich auch nicht die geringste Hindeutung darauf findet, bestimmt nicht zu Grunde legen. Aus welchem Grunde übrigens der Richter der ersten Instanz den Bischof verurtheilt hatte, ob auf Grund des c. Redint., oder weil der Nuntius als Untergebener des Bischofes gehandelt hatte, in welchem Falle ja der Gewalthaber in id quod pervenit haftet, wird nicht gesagt. Auf den letzteren Grund nimmt auch der Papst auffallender Weise gar keine Rücksicht. Die dritte Stelle ist c. 18. X. de rest. spol. Es ist dies die Stelle, worin die bekannte Bestimmung ausgesprochen ist, daß der dritte Besitzer wenigstens dann hafte, wenn er

beim Erwerbe der Sache um die Spoliation wußte. Die Stelle bildete ursprünglich das 39ste Capitel des Lateranensischen Concils vom Jahr 1215, und die Hauptworte derselben lauten so:

— non obstante juris civilis rigore sancimus, ut, si quis *scienter* talem rem (i. e. spolio ablatam) receperit, contra hujusmodi possessorem spoliato succurratur.

Man sieht daraus deutlich, daß Innocenz III. eine condictio ex c. Red. in der oben beschriebenen Weise neben dem interd. U. V. durchaus nicht anerkannte, sondern daß er die Haftung des dritten Besitzers erst durch eine eigene gesetzliche Bestimmung glaubte einführen zu müssen. Höchst auffallend ist freilich dabei die Art, wie er diese begründet. Er geht zunächst davon aus, es komme häufig vor, daß ein Spoliirter durch Spoliation nicht nur den Besitz, sondern auch das Eigenthum verliere, weil er, wenn der Spoliant die Sache veräußere, sie von dem Dritten nur durch Vindication wieder bekommen könne, und diese den schwierigen, oft unmöglichen Beweis des Eigenthums verlange [1]). Dann aber nimmt er noch den weitern Grund hinzu, daß der Erwerber, wenn er um das Spolium wisse, gewissermaßen, wie er sagt, „spoliatori succedat in vitium eo, quod non multum interest, praesertim quoad periculum animae, injuste detinere, et invadere alienum.“ Beide Gründe führen nun aber consequenterweise zu einer ganz allgemeinen Haftung jedes dritten Besitzers. Denn soll die Veräußerung des Spolianten für den Spoliaten unschädlich gemacht werden, so macht es keinen Unterschied, ob der Erwerber die Spoliation weiß oder nicht; und steht das injuste detinere alienum dem inva-

1) „Saepe contingit, quod spoliatus, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum proprietatis amittit effectum. Unde non obstante“ etc.

dere alienum gleich, so macht es wieder keinen Unterschied, ob man die Kenntniß der Spoliation gleich beim Erwerbe hat, oder erst später bekommt. Indessen kann man aus dieser Incohärenz der Gründe mit der Bestimmung doch nicht, wie häufig geschehen ist, die Folge ziehen, daß die Bestimmung selbst eben anders, und zwar allgemeiner, zu verstehen sei. Denn die Worte sind klar, und der Annahme, der Papst habe sich nicht seiner Absicht gemäß ausgedrückt, steht umgekehrt die Annahme, er habe für seine Absicht nur falsche Gründe angeführt, gleich berechtigt gegenüber.

Dagegen geht allerdings der Verdacht daraus hervor, daß es Innocenz bei der ganzen Bestimmung überhaupt weniger um die juristische Consequenz und die einfache Verbesserung der Gesetzgebung, als um die Erreichung bestimmter politischer Absichten zu thun war. Das Concil vom Jahr 1215 ist bekanntlich das, welches gewissermaßen den Höhepunkt der ganzen Päpstlichen Macht bildet. Es wurde gehalten, nachdem Peter von Arragonien, Philipp August von Frankreich, Johann von England durch Innocenz III. gedemüthigt waren. Welcher Geist in seinen Bestimmungen herrscht, zeigt z. B. das 43ste Capitel, worin bestimmt wird, daß alle constitutiones principum, die in irgend einer Weise das Kirchenvermögen berühren, nur nach Päpstlicher Genehmigung gelten sollten. Es ist daher kaum glaublich, daß Innocenz in diesem Concile einfach zur Verbesserung der Rechtspflege bei den geistlichen Gerichten jene vereinzelte Bestimmung von so zweideutigem Werthe, und zwar augenfällig mit besonderem Gewichte — non obstante juris civilis rigore sancimus — aufgestellt hätte; sondern offenbar war diese so besonders hervorgehobene Beseitigung des rigor juris civilis eigentlich auf die weltlichen Gerichte gemünzt, und sollte vorzugsweise zur Erleichterung der Wiedererlangung des in welt-

liche Hände gekommenen Kirchenvermögens dienen. Die weltlichen Richter, auch die Romanisten wandten damals das Canonische Recht noch wenig oder gar nicht an; einem ausdrücklich ganz allgemein aufgestellten Kirchengesetze konnten sie sich indessen nicht entziehen, da die Päpste sich nicht scheuten, sie zur Anwendung solcher Gesetze geradezu durch Excommunication zu zwingen [1]). Natürlich aber war die Anwendung um so leichter durchzusetzen, je geringer die Abweichung vom weltlichen, also namentlich dem Römischen Rechte war. Somit war es vielleicht nur politische Klugheit, was Innocenz bestimmte, nicht die ganze Consequenz der Principien, von denen er ausging, auszusprechen, sondern sich mit dem zu begnügen, was ihm bei seinen nächsten Absichten als genügend erscheinen mochte. Wäre diese Annahme richtig, so ließe sich nun übrigens allerdings wohl denken, daß Innocenz troz der Aufstellung des c. 18 dennoch für die geistlichen Gerichte die cond. ex c. Red. anerkannt habe; allein wahrscheinlich wäre dies dennoch nicht, da es, abgesehen von den obigen Stellen, doch mehr als auffallend wäre, wenn Innocenz das beschränktere Klagerecht neben das allgemeine so ohne alle Erwähnung des letzteren hingestellt hätte [2]).

1) So sagt z. B. Bonifaz VIII. in c. 2. de jurejur. VI. in Betreff der kirchlichen Bestimmungen über den Eid: — saeculares judices ad servandum hoc jus canonicum censura ecclesiastica decernimus compellendos.

2) Die ältern Canonisten bezogen in der Regel auch noch c. 51. X. de appellat. und c. 11. X. de judic. auf diese Frage. Allein die erste Stelle spricht nur von Spoliation nach eingelegter Appellation, also von sog. Attentaten, für welchen Fall sie allerdings die Restitution auch gegen Dritte zuläßt. Die zweite Stelle handelt dagegen gar nicht von der vorliegenden Frage, sondern von dem formell processualischen Verhältnisse des Vorgängers und Nachfolgers in einer Pfründe Dritten gegenüber. Ganz verkehrt war es, wenn man beide Stellen häufig aus dem c. 18 erklären wollte, da die erste bereits vom J. 1205 ist, und die andere gar schon von Papst Cölestin III., dem Vorgänger von Innocenz III.

Das Resultat der bisherigen Ausführungen ist, daß die Päpstlichen Decretalen des XII. und XIII. Jahrhunderts bei der Klage aus Besitzspoliationen in Betreff des Klagegrundes und der Person des Beklagten durchaus auf dem Boden des Römischen Rechts stehen, und insofern das von der damaligen Theorie aus dem c. Redint. abgeleitete Klagerecht nicht anerkennen. Ueber die andern Punkte bei der Klage, namentlich die Anwendung auf den bloßen Detentor, und auf Mobilien, und die Zulässigkeit von Einreden, namentlich der Verjährungseinrede, äußern sich die Decretalen nirgends, indessen ist durchaus kein Grund zu der Annahme, daß sie in diesen Beziehungen nicht ebenso den Standpunkt des Römischen Rechts festgehalten haben. In Betreff der Detention wird wenigstens das Princip der „leges saeculares", daß „is possidet, cujus nomine possidetur", in c. 9. X. de rest. spol. und c. 17. X. de praescript. ausdrücklich, wenn auch nicht gerade in Beziehung auf das possessorische Klagerecht, anerkannt.

Nicht weniger als beim interdictum U. V. stehen die Decretalen auch beim interd. U. P. durchaus auf dem Boden des Römischen Rechts. Unsere Sammlungen enthalten indessen nur eine Stelle darüber, auf die hier näher einzugehen ist, das c. 9. X. de probationibus [1]). Zum Verständniß derselben ist folgende Bemerkung vorauszuschicken. Es war bei den Glossatoren eine sehr bestrittene Frage, was der Richter beim interd. U. P. zu thun habe, wenn beide Parteien gleichmäßig Besitzeshandlungen bewiesen, ohne daß eine der andern Fehlerhaftigkeit des Besitzes nachweisen könnte. Manche wollten die Regel actore non probante reus absolvitur zur Anwendung bringen,

1) Die Stelle handelt zwar eigentlich nicht vom Besitze der Sachen, sondern der Rechte; indessen ist diese Verschiedenheit dabei ohne Einfluß.

andere wollten das Loos entscheiden lassen, andere wollten den Richter die Sache intellectuell oder reell zwischen den Parteien theilen lassen u. s. w. Die gewöhnliche Ansicht war indessen, da der Richter hier keine bestimmte Besitzzuerkennung aussprechen könne, also nicht sagen könne „uti possides ita possideas“, so müsse er das Urtheil ganz unbestimmt dahin fassen „uti possidetis ita possideatis“, und nur den Parteien gegenseitig Gewaltthätigkeiten verbieten, um so eine derselben zur Anstellung des Petitoriums zu bewegen. Indessen dürfe ein solcher Nothbehelf doch nur dann eintreten, wenn nicht der Beweis der einen Partei „potior“ wäre, als Gründe einer Potiorität des Beweises seien aber größere Anzahl der Zeugen und größerer Werth ihrer Aussagen anzusehen [1]). Ein solcher Fall eines zweifelhaften Besitzstandes ist es nun auch, der in c. 9. cit. entschieden ist. Eine Gemeinde und eine Kirche stritten über den Besitz der Gerichtsbarkeit in einem bestimmten Districte. Beide hatten zum Beweise ihres Besitzes nachgewiesen, daß sie seit vielen Jahren Besitzeshandlungen ausgeübt hätten, keine konnte der andern aber eine Fehlerhaftigkeit ihres Besitzes beweisen, und es war daher die Frage entstanden, ob der Fall nicht so sei, daß der Papst zu dem obigen Nothbehelf schreiten müsse. Allein Innocenz verwirft dieses, weil eine Potiorität des Beweises auf Seiten der Kirche stattfinde. Er sagt:

Nos recognoscentes, in hoc casu non sic esse locum interdicto U. P., ut dicere debeamus „uti possidetis ita possideatis“, quum probationes ecclesiae longe sint potiores, et ideo sit in interdicto superior, condemnamus commune etc.

1) *Azo*, summa ad Cod. uti possid. n. 18. 19. *Roffredus*, tract. ord. judic. de interd. utrobi n. 3. 4.

Die Potiorität des Beweises wird aber auf folgende Weise begründet. Die Kirche hatte Besitzhandlungen seit 60 Jahren, die Gemeinde nur seit 50 Jahren bewiesen, und zwar hatte die Kirche ihren Beweis geführt „per testes numero plures,“ deren Aussagen zugleich „aptiora negotio et vero proximiora“ waren; dazu hatte die Kirche einen justus titulus ihres Besitzes bewiesen, die Gemeinde nicht. Daraus wird nun gefolgert: da die Kirche ältern Besitz und zwar durch bessere Beweismittel bewiesen habe, so müssen wohl die Besitzhandlungen der Gemeinde ohne Titel angefangen haben, um so mehr, da sie keinen Titel nachweisen könne, die Kirche aber einen solchen habe; somit ergebe sich, daß der behauptete Besitz der Gemeinde eigentlich nichts als eine eigenmächtige Anmaßung von Besitzhandlungen, nicht aber ein wirklicher Besitz sei [1]. Der Ideengang der Entscheidung ist also: Scheinbar haben beide Parteien gegenwärtigen Besitz bewiesen. Indessen ist der Beweis der Kirche doch besser, einmal weil ihre Beweismittel mehr und besser sind, und dann weil sie höheres Alter und Titel ihres Besitzes bewiesen hat, die Gemeinde aber nicht, woraus folgt, daß der Besitz der Gemeinde eigentlich gar kein Besitz, sondern nur versuchte Anmaßung des Besitzes ist. Offenbar war der letztere Grund eigentlich vollständig genügend, und die Rücksicht auf die Quantität und Qualität der Zeugen und ihrer Aussagen ist nur in der Verlegenheit und Unklarheit aus der Theorie der Glossatoren mit hereingezogen. Indessen ist es doch ge-

1) — ecclesia — ostendit, quod — possedit. Per quod patet, quod Faventini — procul dubio sine justo titulo servitia percipere inceperunt, — maxime quum justum possessionis titulum non ostendant, et ex privilegiis imperatorum colligatur, possessionem ecclesiae — justam fuisse. Quum ergo constet, Faventinos ab eo tempore, quo se possedisse contendunt, minus juste ac sine titulo aliqua in praedictis locis temeritate propria occupasse etc.

schehen, und das Princip jener Theorie damit gesetzlich anerkannt. Das Resultat für die Behandlung des Interdicts ist somit folgendes. An der eigentlichen Grundlage des Interdicts, daß es nämlich zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes dient, ist durchaus nichts geändert. Für den Fall aber, daß beide Parteien den gegenwärtigen Besitz gleichmäßig beweisen, ist ein Vorzug für den angenommen, der entweder mehr und bessere Zeugenaussagen producirt, oder höheres Alter und Titel, oder wenigstens ersteres beweist. Alter und Titel des Besitzes geben den Vorzug aber nicht als besondere Qualificationen des Besitzes, also weil etwa titulirter Besitz mehr zu schützen wäre als einfacher, sondern lediglich weil sie die Präsumtion begründen, daß der scheinbar erwiesene Besitz des Gegners in der That eigentlich doch kein wirklicher Besitz ist. Dasselbe Princip liegt bei der Rücksicht auf die Anzahl der Zeugen und die Beschaffenheit ihrer Aussagen zu Grunde. Diese Rücksicht scheint eigentlich, sobald man einmal wirklichen Beweis auf beiden Seiten annimmt, ganz sinnlos zu sein; indessen wird sie doch dadurch gerechtfertigt, daß in einem solchen Falle nothwendig der eine Beweis falsch sein muß, da ein wirklicher gleichzeitiger solidarischer Besitz beider Parteien an sich nicht möglich ist.

§. 24.

Besitz der Rechte. Umfang.

Ganz außerordentlich häufig ist der Besitz der Rechte in den Decretalen berührt, was sich aus der reichen und mannichfachen Gliederung der ganzen kirchlichen Organisation und der großen Wichtigkeit des Besitzesschutzes in jener Zeit leicht erklärt. Um hier zunächst ein anschauliches Bild von der Ausdehnung und der Art und Weise, wie die Anwendung des

Besitzbegriffes auf die Rechte geschah, zu geben, muß eine etwas vollständigere Zusammenstellung der einzelnen Fälle, in denen sie sich findet, an die Spitze gestellt werden, als gewöhnlich gegeben wird.

Geht man hier von den Rechten aus, bei denen in der Kirche ein Besitz schon in der frühern Zeit angenommen wurde, so findet sich die Annahme des Besitzes jetzt

1) zuerst bei allen kirchlichen, und ebenso auch weltlichen Hoheitsrechten über einzelne Gemeinden, Klöster, Kirchen, so wie über ganze Gegenden und Länder:

c. 17. X. de rest. spol.

— inter te — et episcopum Parisiensem super *possessione juris parochialis* in parochia de Monte quaestione suborta [1]) —

c. 4. X. de confirmatione.

— Hildesemensem ecclesiam in *possessione subjectionis monasterii* de Gandersheim exstitisse [2]) —

c. 2. de testibus in 6to.

— abbas et conventus de N. se a priore et conventu de P. *possessione subjectionis* ejusdem prioratus asserunt spoliatos.

c. 21. X. de sententiis.

— quia constitit, episcopum *quasi possessionem obedientiae* in monasterio A. habuisse, restituendum decrevimus ad eandem.

1) Ebenso in c. 2. X. ut lite non cont.

2) In c. 8. X. de causa poss. ist ein Possessorium über Subjection eines Klosters, wobei der Besitz des totum jus subjectionis, und der einzelnen darin liegenden Befugnisse unterschieden wird. Aehnlich in c. 2. X. de capellis. c. 13. X. de sententiis. c. 18. X. de praescriptionibus. c. 6. X. de institution. c. 2. de in int. restit.

c. 7. X. de religiosis.

— episcopus — asserens ecclesiam de C. *tam in spiritualibus quam in temporalibus* ad se pertinere, primo *possessorium* et postea petitorium intentando —

c. 16. X. de foro competente.

— *temporalem jurisdictionem*, in cujus quasi possessione esse dignoscitur [1]).

c. 17. X. de praescriptionibus.

— fueris in *quasi possessione juris exigendi juramentum fidelitatis* a marchione Massae —

Wie bei den Rechten selbst, so findet sich auch umgekehrt bei der Immunität von solchen Rechten der Besitz angenommen:

c. 7. de privilegiis in 6to.

— in *libertatis* vel *exemtionis possessione* non violenta, non clandestina, nec concessa precario, — non turbentur.

c. 14. X. de privilegiis.

— quod in ea *possessione* tamdiu fuerat *libertatis* —

2) Als ein zweiter Hauptgegenstand des Besitzes erscheinen die verschiedenen kirchlichen Aemter und Würden:

c. 37. X. de offic. jud. del.

— episcopum restitui ad *episcopatum*; quo restituto et corporalem possessionem adepto —

c. 30. X. de testibus.

— quum — possessionem *archidiaconatus* adeptus esset, — H. ipsum exspoliavit —

c. 46. X. de appellationibus.

— pacificam *praepositurae* possessionem assecutus [2]) —

1) Ebenso in c. 23. X. de V. S. In c. 9. X. de probat. heißt es: cum jurisdictione honore et districtu loca possidebat. Ebenso in c. 6. X. de fide instrum.

2) Ebenso in c. 6. de conc. praeb. c. 3. de his quae fiunt a maj.

c. 22. X. de rescriptis.

— in corporalem *abbatiae* possessionem induxerunt.

c. 6. X. de confirmat.

— super *prioratibus* possidendis litteras impetrasse —

c. 5. X. de supplenda.

— cantorem fecit — *cantoriae* pacifica possessione gaudere.

c. 8. X. de constitution.

— ut eosdem *personatus* (primiceriatum et scholastriam) facerent ab illis pacifice possideri.

3) Wie die Aemter selbst, so sind auch die damit verbundenen Beneficien und Pfründen Gegenstand des Besitzes:

c. 10. X. de concess. praebendar.

— eos in canonicos Astensis ecclesiae ordinavit, et in corporalem possessionem *praebendarum* induxit [1]) —

c. 14. de praebendis in 6to.

— presbyter, quod camerarius *praebendam* pacifice possidere valeat, non permittit —

c. 31. de praebendis in 6to.

Si — uni — et alteri eodem die idem *beneficium* conferatur, — potior erit conditio possidentis. Si vero neuter possideat —

c. 7. X. de rest. spol.

— clericum *ecclesia* spoliasti; quia vero non decet clericos suis *beneficiis* spoliare, — restituas et in pace possidere permittas.

c. 4. X. de donation.

— personae, quae dictas *ecclesias* possident, — eis non non debeant spoliari [2]).

1) Ebenso c. 4. 5. 8. 9. eod.

2) Ebenso c. 4. de causa poss. c. 2. 3. 4. de rest. spol. und sonst sehr oft.

4) Ein besonders wichtiger Gegenstand des Besitzes sind die bei der Besetzung der Aemter vorkommenden Rechte:

c. 15. X. de judiciis.

— quia — tu *jus patronatus* ecclesiae possidebas, profecto nec vindicationem intentare nec restitutionem poteras postulare [1].

c. 24. X. de election.

— populus in quasi possessione *praesentandi* clericum ad ecclesiam existebat.

c. 3. X. de causa possess.

— quoniam — in trium episcoporum electionibus vocem habuerint *eligendi*, eos in eam quasi possessionem reducimus [2].

c. 3. X. ne sede vocante.

ecclesia petebat ab episcopo restitutionem super libertate *libere sibi eligendi* praelatum, qua spoliata fuerat.

c. 7. X. de causa possess.

— quoniam ab episcopis archidiaconatus sine reclamatione canonicorum — fuerat assignatus, canonicis silentium imponimus, reservata tamen eis quaestione proprietatis super *collatione* archidiaconatus.

5) Ein eigenthümliches Ehrenrecht eines Erzbischofes kommt als Gegenstand des Besitzes vor in

c. 1. X. ut lite pendente.

— quia querimoniam deposuisti, quod te de possessione hujus rei (sc. per totam Angliam ante te crucem deferre [3]) spoliassemus, — statuimus, ut litterae prohibitionis nostrae

1) Ebenso c. 18. de sentent. c. 19. de jure patron.

2) Aehnlich in c. 20. X. de sentent.

3) Die Erzbischöfe haben dieses Recht sonst nur in ihrer Provinz, nur der Papst, seine Legaten und die 4 Patriarchen haben es überall. c. 23. X. de privil. c. 2. eod. in Clem.

— nullum tibi praejudicium faciant, — quousque decernatur, an ecclesia tua de jure hoc debeat habere.

6) Der Besitz eines Regals kommt vor in

c. 6. X. de fide instrum.

— ut non inquietaret monasterium in possessione vel quasi possessione *piscariae* totius aquae Ticini —

7) Besonders häufig ist wieder der Besitz von Reallasten, namentlich Zehnten erwähnt.

c. 19. X. rest. spol.

— nec *affictuum* et *pensionum* possessio poterat tibi restitui, quia ea non fuerat spoliatus, tamen — possessionem affictuum et pensionum — constabat te habere.

c. 24. X. de election.

— quia — *pensio* [1] *XVI denariorum* fuit annuatim per multa tempora persoluta, sed de novo subtracta, nos in statum percipiendi pensionem ecclesiam vestram decernimus reducendam, salva quaestione proprietatis.

c. 6. X. de arbitris.

— super *decimis* convenissent, tam super possessione quam proprietate.

c. 31. X. de privilegiis.

— lite — super *decimis novalium* [2], in quarum erant possessione.

c. 2. de rest. spol. in 6to.

Ad *decimas*, quas — se asserunt — possedisse, et eis spoliatos fuisse, nequaquam debent restitui [3].

1) Pensio ist der technische Ausdruck für eine Art Grundzins, der bei den Kirchen unter einander sehr häufig vorkam, z. B. c. 9. de h. qu. fiunt a prael. c. 8. 21. 26. de censib. c. 10. de praebendis.

2) Ebenso in c. 2. de decimis. in 6to.

3) S. auch c. 6. 19. X. de praescr. c. 15. de privil. c. 31. decimis und sonst oft.

8) Endlich ist auch das gegenseitige Recht der Ehegatten als Gegenstand des Besitzes anerkannt. Man hat zwar gegen die Annahme eines Ehebesitzes im Canonischen Rechte in neuerer Zeit vom Standpunkte des Römischen und Germanischen Rechtes aus bedeutend geeifert[1]), und allerdings paßt derselbe weder zum Besitzsysteme des Römischen noch des Germanischen Rechts; allein jene vollständige Verwerfung zeigt doch nur, daß man keinenfalls der Philosophie allein den Vorwurf machen kann, daß sie den Sinn für unbefangene Auffassung historischer Erscheinungen trübe. Denn in der That ist die Anwendung des Besitzes auf die Ehe in den Decretalen so ganz offen und entschieden ausgesprochen, daß man bei einem einigermaßen unbefangenen Blicke wirklich nicht den geringsten Zweifel darüber haben kann, namentlich wenn man hinzunimmt, wie vollständig der oben gegebenen Ausführung zufolge in der Theorie jener Zeit die Lehre vom Besitze bei der Ehe ausgebildet war. Im Titel de restitutione spoliatorum kommen vier Stellen vor, c. 8. 10. 13. 14., die es einfach als einen gewöhnlichen Fall von Spoliation behandeln, wenn ein Ehegatte den andern, etwa unter dem Vorwande eines Annullations- oder Scheidungsgrundes, eigenmächtig ohne richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Annullation oder Scheidung verläßt, und ihn so des Genusses der ehelichen Rechte beraubt. Der Spoliirte soll dann ebenso gut als in andern Fällen von Spoliation eine Klage auf Restitution haben, unter Aussetzung des Streites über das wirkliche Recht der Ehe. So heißt es namentlich in c. 13:

— per decretalem Lucii Papae arguentis judices, qui restitutionem viri, qui sine judicio uxorem dimiserat et ei

1) Savigny, Besitz. S. 616 ff. Duncker in d. Zeitschr. f. Deut. R. B. 2. S. 53.

consanguinitatem opponebat, spoliatae ac repetenti conjugem denegabant, et mandantis, prius restitui taliter spoliatam et postea de matrimoniali causa cognosci.

Derselbe Grundsatz ist ebenso auch noch sonst z. B. in c. 3. 8. X. de divortiis. c. 6. X. de adulteriis. c. 16. X. de offic. jud. c. 1. 4. X. ut lite non cont. ausgesprochen. Dabei zeigt nun zunächst schon die Stellung jener Decretalen in den allgemeinen Titel de restit. spol. mitten unter die Fälle von Spoliation anderer Rechte und Sachen, dann der stete Gebrauch der Ausdrücke spoliare und restituere, ferner die materielle Gleichheit der Behandlung dieser wie der andern Spoliationen, ja die ganz unmittelbare Verbindung beider, wie z. B. in der zuletzt citirten Stelle:

— postquam vir plenariam restitutionem habuerit *tam uxoris quam terrae*, causam super matrimonio audiatis —

dies alles zeigt eigentlich schon zur Genüge, daß die Theorie der Glosse zum Decrete hier vollständig in die Päpstliche Praxis aufgenommen ist [1]. Eine vollständige Bestätigung findet dieses aber darin, daß auch die Ausdrücke possessio, und possessorium und petitorium in den Decretalen gerade ebenso wie in der oben citirten Stelle von Tancred gebraucht werden. So heißt es in c. 13. cit.

— quum Lucii Papae mandatum ad possessorium, responsum vero Clementis ad petitorium referatur —

c. 11. X. de praesumtion.

— vir mulierem *vindicans* in uxorem [2]) —

1) So erinnert namentlich die oben cit. Stelle an die Gl. zu c. 3. C. 33. qu. 2. „Ex quo ergo mulieri primo restituuntur *res suae*, multo potius *vir* est ei restituendus.

2) Aehnlich in c. 1. X. de ord. cognit. — „quum mulier *peteret* quendam in virum" —.

c. 14. X. de rest. spol.

— vir — restitui nequaquam debet, utpote nullo possessionis commodo destitutus, quum — nullum inter eos vinculum sit contractum.

Daß in diesen Stellen von einem uneigentlichen Gebrauche des Wortes possessio keine Rede sein kann, daß es vielmehr gerade ebenso eigentlich darin gemeint ist wie in allen andern Stellen über den Besitz der Rechte, bedarf hiernach keiner besondern Ausführung mehr.

Nur zwei Eigenthümlichkeiten sind beim Ehebesitze, die, um das Bild davon zu vervollständigen, gleich hier noch erwähnt werden mögen. Die eine ist, daß hier mehrere besondere Ausnahmen oder wenigstens Beschränkungen von dem Restitutionsrechte aufgestellt sind. So wird die Frau namentlich bei Befürchtungen von Thätlichkeiten und Mißhandlungen von Seiten des Mannes ihm nur gegen Cautionsleistung restituirt, oder wenn auch dieses nicht genügend erscheint, gar nicht; wenn der Beweis zu naher Verwandtschaft schnell geführt werden kann, so soll die Restitution wenigstens quoad copulam carnalem aufgeschoben werden, u. a. m.[1]) Die zweite, jedoch eigentlich nur scheinbare Eigenthümlichkeit liegt in der Bestimmung des c. 14. cit. über den Erwerb des Besitzes, daß er nämlich nicht erworben wird, wie es heißt:

— per solam traductionem, quam non praecesserunt sponsalia vel consensus legitimus, nec fuerunt etiam subsecuta.

Man hat in dieser Bestimmung den vollen Beweis gegen die Annahme des Ehebesitzes im Canonischen Rechte finden wollen; denn wenn die wirkliche rechtliche Abschließung der Ehe, also das wirkliche Recht der Ehe zum Besitze bei derselben gehöre,

1) S. c. 8. 13. de rest. spol. c. 4. 8. de divortiis.

so könne von einem eigentlichen Besitzrechte, wie sonst beim Besitze doch nicht die Rede sein. Allein man hat dabei übersehen, daß zum wirklichen Eherechte außer sponsalia und legitimus consensus noch eine Reihe anderer Erfordernisse nöthig ist. Daß zum Erwerbe des Ehebesitzes wirkliche Eingehung der Ehe mit beiderseitigem Consense nöthig ist, versteht sich von selbst. Denn da die Ehegatten einander nicht wie Sachen besitzen, sondern nur einen Besitz des ehelichen Rechtes gegen einander haben sollen, so versteht es sich, daß die einseitige Heimführung einer Unmündigen oder einer Gezwungenen keinen Ehebesitz begründen kann, sondern daß dazu wirkliche Eingehung der Ehe mit beiderseitigem Consense erforderlich ist. Es entspricht das einfach der Behandlung des Besitzes bei Reallasten, namenlich Zehnten. Auch dieser kann nicht durch einseitige Wegnahme des Zehnten, sondern nur durch einen zweiseitigen Act, freie Zahlung vom Pflichtigen und Annahme vom Berechtigten, erworben werden.

Nach der Feststellung der einzelnen Fälle, die sich vom Besitze der Rechte in den Decretalen finden, entsteht jetzt die Frage, welches allgemeine Princip die Decretalen für die Bestimmung seines Umfanges gehabt haben. Eine vollständig befriedigende und erweisliche Antwort dieser Frage ist eigentlich gar nicht möglich. Denn die Decretalen geben durchaus nur die einzelnen Fälle, nirgends dagegen auch nur die geringste Andeutung eines allgemeinen Princips, nirgends die Andeutung irgend einer Beschränkung, nirgends die Ausnahme auch nur irgend eines Rechtes. Indessen ist gerade dieses Stillschweigen doch auch wieder sehr sprechend, und es läßt sich daraus doch wieder mit ziemlicher Sicherheit ein bestimmtes Resultat ziehen. Denn da die einzelnen aufgeführten Fälle Rechte der verschiedensten Art umfassen, und da die Theorie jener Zeit den Besitz

bei allen Rechten, bei denen es irgend möglich ist, zuließ, so muß man jenes Stillschweigen offenbar so deuten, daß die Decretalen eben auch auf dem Standpunkte der Theorie ihrer Zeit stehen, und daher gleichfalls den Besitz bei allen Rechten zulassen, bei denen es an sich ihrer Natur nach möglich ist. Welche Rechte dieses seien, hatte nun zwar auch die Theorie jener Zeit weder wirklich bestimmt, noch sich auch nur klar gemacht; allein da man doch insofern vom Standpunkte des Römischen Rechtes ausging, daß man den Besitz der Rechte in ihre fortdauernde Ausübung, oder wenigstens die fortdauernde freie Möglichkeit ihrer Ausübung, setzte, so war das Princip von selbst im Grunde kein anderes, als daß der Besitz bei allen den Rechten zulässig sei, bei denen eine fortdauernde oder sich wiederholende Ausübung, und eine Störung dieser Ausübung durch andere denkbar und möglich ist. Bei welchen Rechten dieses im einzelnen der Fall sei, in wie fern es namentlich bei Obligationen anzunehmen sei, darüber blieb die Frage offen [1]), und es wird sich später zeigen, wie die nachfolgende Theorie und Praxis sie beantwortete.

Jedenfalls kann aber darüber auch nicht der geringste Zweifel sein, daß die Decretalen über den Standpunkt nicht nur des Römischen, sondern auch des Germanischen Rechtes entschieden hinausgehen, daß sie namentlich das Element der Dinglichkeit oder der dinglichen Radicirung weder subjectiv noch objectiv für den Besitz der Rechte fordern. Der Besitz bei der Ehe giebt dafür den vollständigsten Beweis; denn da dieser

1) Man hat zwar häufig gemeint, in c. 24. X. de election. sei die Zulässigkeit der Besitzannahme für rein persönliche Obligationen entschieden, indem man die darin vorkommende pensio als Miethzins auffaßte. Allein es ist bereits oben S. 190. N. 1 bemerkt, daß darunter eine Art Grundzins zu verstehen ist.

durchaus nicht als eine Singularität hingestellt wird, so leidet es keinen Zweifel, daß man die Annahme des Besitzes ebenso auch bei andern Familienrechten, namentlich bei dem Rechte der väterlichen Gewalt, für zulässig gehalten habe. Daß darüber keine ausdrücklichen Aussprüche da sind, erklärt sich von selbst daraus, daß die väterliche Gewalt nur ausnahmsweise vor den geistlichen Gerichten zur Sprache kam. Außer der Ehe zeigt aber auch der Besitz der kirchlichen Aemter, namentlich der niedern, daß man auf die dingliche Radicirung an sich kein Gewicht legte. Allerdings stehen alle diese Aemter immer in Beziehung auf irgend eine bestimmte Kirche. Allein eine dingliche Radicirung kann man das nicht nennen. Denn weder sind sie an den Besitz einer Sache geknüpft, noch sind sie Rechte an einer Sache oder gegen den Besitzer einer Sache. Selbst bei den damit verbundenen Temporalien, namentlich den Präbenden, kann man nicht immer von dinglicher Radicirung sprechen. Daß die dingliche Radicirung der Rechte für die Annahme des Besitzes bei ihnen von großer Wichtigkeit ist, und abgesehen von den Familienrechten, bei den meisten stattfindet, soll damit nicht geläugnet werden. Es ist das eine natürliche Folge der allgemeinen Erfordernisse des Besitzes der Rechte, wie aber erst später nachgewiesen werden kann.

Uebrigens hat diese ganze weite Ausdehnung des Besitzes der Rechte bei dem eigenthümlichen Charakter des Canonischen Rechts eigentlich gar nichts auffallendes. Es soll gar nicht geläugnet werden, daß bei einem Rechte, welches unmittelbar aus dem nationalen Leben eines Volkes selbst hervorgeht, wohl nicht leicht je ein so weiter Begriff wie der des Besitzes der Rechte im Canonischen Rechte, sich ausbilden würde. Das Volksleben liebt es nicht, sich erst zu einer Abstraction über die Verhältnisse zu erheben, und dann von da aus dieselben zu

gestalten. Es schafft im einzelnen, wo und wie sich das unmittelbare Bedürfniß giebt, die allgemeinen Principien stets in concreter Modification ins Leben einführend, und unbekümmert um den innern allgemeinen Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen. Da kann es denn natürlich nicht leicht kommen, daß man so Vermögens- und Personen-, namentlich Familienrechte gleichmäßig unmittelbar von einem abstracten Begriffe aus, wie dem des Besitzes der Rechte behandelt. Allein diese ganze lebendige nationale Grundlage fehlte ja dem Canonischen Rechte vollständig. Wie die Kirche selbst sich nicht mit den Völkern identificirte, sondern sich in abstracter Trennung über ihnen erhielt, so beruhte auch ihr Recht durchaus auf theoretischer Abstraction. Das Römische Recht, vom Römischen Leben abstrahirt, war seine Grundlage; dazu nahm man zwar aus dem Germanischen Rechte, was die Natur der Verhältnisse darbot, allein man nahm ihm seine nationelle Eigenthümlichkeit, und brachte es so weit als möglich in die Form der aus dem Römischen Rechte gezogenen Abstractionen, wie man ebenso auch die eigenthümlich kirchlichen Institute möglichst von diesem Standpunkte aus zu behandeln suchte. Daß auf diese Weise Resultate zu Tage kommen mußten, die sich mit keinem der nationalen Rechtssysteme vereinigen lassen, war ganz natürlich.

§. 25.

Rechtliche Behandlung.

Mit dieser weiten Ausdehnung des Umfanges des Besitzes der Rechte in den Decretalen ist nun aber eine Veränderung des Begriffes desselben an sich in keiner Weise verbunden. Dieser wird durchaus ebenso wie im Römischen Rechte aufgefaßt. Man sieht wie dort das Recht als solches als Gegen-

stand des Besitzes an, indem man davon ausgeht, daß Rechte zwar nicht eigentlich wie Sachen besessen werden können, daß aber die Ausübung eines Rechts, sofern sie die Möglichkeit einer beliebigen fernern Ausübung giebt, in ähnlicher Weise ein Haben des Rechtes als einer unkörperlichen Sache begründet, wie die Detention der körperlichen Sachen beim Sachenbesitze. Es ist dieses zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen, allein es ist der Standpunkt der Glosse zum Decrete und tritt auch in den Decretalen in der steten Bezeichnung des Rechtes als unmittelbaren Gegenstandes des Besitzes und in dem Gebrauche des quasi possidere zur Genüge hervor. Daher sind denn auch die Grundsätze für die Behandlung des Besitzes im allgemeinen die gleichen wie im Römischen Rechte, so namentlich, daß der Erwerb desselben im allgemeinen durch die Ausübung des Rechtes geschieht, sofern es nur als Recht, und weder heimlich noch gewaltsam noch bittweise ausgeübt ist [1]), daß bei Ausübung in fremden Namen der Besitz dem Herrn und nicht dem Stellvertreter zukommt [2]), daß zum Besitze des Rechtes das wirkliche Dasein des Rechtes selbst nicht nöthig ist [3]) u. a. m. Einzelne Modificationen finden sich natürlich, und gingen auch schon von selbst aus der weitern Ausdehnung des Besitzes hervor. Folgende Bemerkungen darüber mögen zur nähern Bestimmung des Standpunktes der Decretalen hier Platz finden.

1) Eine wichtige Abweichung vom Römischen Rechte ist der bei den Kirchenämtern geltende Satz, daß bei ihnen der Besitz sowohl der Spiritualien als der Temporalien nicht nur durch wirkliche Ausübung des Rechts, sondern auch schon durch eine bloße förmliche Einweisung in den Besitz erworben werden

1) C. 7. de privil. in 6to.
2) C. 11. X. de rest. spol. c. 17. X. de praescript.
3) C. 5. X. de rest. spol.

kann. Man bezeichnet diese Besitzeinweisung, die sehr oft erwähnt wird, durch „inducere in corporalem possessionem [1]), corporaliter possidendum assignare [2]), corporalis institutio [3]), investitura“ [4]). Indessen darf dieses nicht so verstanden werden, als ob dieselbe durch Tradition eines Sachenbesitzes geschähe, oder diese dabei wenigstens zu Grunde läge. Allerdings wird die Besitzeinweisung für die Temporalien und Spiritualien in der Regel mit einander verbunden, allein an sich sind sie von einander getrennt, und überdies bestehen die erstern ja gar nicht immer im Besitze von Sachen. Das „corporalis“ soll lediglich die Uebertragung des wirklichen Besitzes im Gegensatze gegen die Uebertragung des Rechts, die gleichfalls institutio und investitura heißt, bezeichnen. Die Corporal-Institution wird namentlich bei den Canonicaten, wo sie auch installatio [5]) heißt, näher bezeichnet. Sie geschieht hier durch die förmliche „assignatio stalli in choro, et loci in capitulo et in processione, cum plenitudine honoris canonici, et cum integritate redituum, et omnibus ad dignitatem pertinentibus“ [6]). Aehnlich, nur mit entsprechender Verschiedenheit ist sie natürlich bei den übrigen Kirchenämtern. Wesentliche Voraussetzung der Wirksamkeit ist natürlich stets, daß der betreffende Besitz in jeder Beziehung

1) C. 9. 10. X. de conc. praeb. (3. 8.) c. 2. X. ne sede vac. (3. 9.) c. 3. X. de h. qu. fiunt a maj. (3. 11.) c. 18. X. de sentent. (2. 27.) c. 28. de praebendis. in 6to.

2) C. 6. X. de conc. praeb. (3. 8.)

3) C. 7. §. 5. X. de offic. archid. (1. 23.)

4) C. 22. 25. X. de praebendis (3. 5.). c. 4. 7. de conc. praeb. (3. 8.) Unter Investitur wird aber auch die Verleihung des Rechts selbst ohne den Besitz verstanden. Die spätern Canonisten unterscheiden beide Fälle als invest. verbalis oder abusiva und realis oder corporalis.

5) C. 7. X. de conc. praeb.

6) C. 4. 7. X. de conc. praeb. c. 25. X. de praeb.: — „stallum — et praebendae fructus dividendos assignavit.“

offen sei, daß namentlich kein anderer im Besitze sei, daß also der wirklichen Ausübung des Rechts durchaus kein Hinderniß im Wege stehe. So lange noch ein anderer im Besitze ist, soll eine neue Corporal-Institution eigentlich gar nicht geschehen, jedenfalls kann sie dann den wirklichen Besitz nicht verschaffen. So erklärt Innocenz III. aus diesem Grunde in einem einzelnen Falle eine geschehene Besitzeinweisung mit folgenden Worten für wirkungslos [1]:

— „quod factum fuerat, — quum praepositura non vacaret de facto, quia talis possessio plus habet facti quam juris, haberetur inane.“

Was die Entstehung des ganzen Rechtssatzes betrifft, so deutet der Ausdruck Investitur wohl entschieden auf den germanischen Ursprung. Indessen verband man ihn, wie die letzterwähnte Stelle zeigt, mit den Römischen Besitzgrundsätzen, mit denen er eigentlich auch durchaus nicht im Widerspruche steht. Im Gegentheile führt eigentlich eine consequente Durchführung der Analogie vom Sachenbesitze fast nothwendig zu ihm hin. Denn bei der Uebertragung des Sachenbesitzes genügt es, wenn der Wille der Uebertragung und der Annahme in Gegenwart der betreffenden Sache erklärt wird; eine wirkliche Apprehensionshandlung, die hier reine Form wäre, ist nicht nöthig, die Eröffnung der freien Möglichkeit, beliebig auf die Sache einzuwirken, begründet die zum Besitze nöthige factische Herrschaft vollständig. In Consequenz damit sollte offenbar auch beim Besitze der Rechte die Eröffnung der beliebigen Ausübung zur Besitzesübergabe genügen und eine wirkliche Ausübung, die auch hier nur eine leere Form sein würde, nicht erforderlich sein. Wenn das Römische Recht daher diesen Satz

1) C. 6. X. de conc. praeb. Vgl. c. 9. eod. c. 28. de praeb. in 6to.

doch nicht anerkennt, so ist dieses wohl nur der geringern Entwicklung, die der Besitz der Rechte überhaupt im Römischen Rechte hat, zuzuschreiben. Ob sich übrigens die Decretalen dieses Verhältniß zum Römischen Rechte klar gemacht haben, ist nicht ersichtlich. Man sieht sogar nicht einmal das, ob man jene Besitzeinweisung überall bei allen Rechten annahm, oder als etwas eigenthümliches für die Kirchenämter ansah. Indessen scheint das erstere, da man sie ja bei den Temporalien eben so gut annahm, als bei den Spiritualien, doch das wahrscheinlichere. Eine specielle Anwendung auf Zehnten findet sich in c. 2. X. de h. qu. fiunt a pr. (3. 10.)

— abbatissa decimam magistro concessit, et archidiaconus exinde investituram fecit.

Denn daß unter der Investitur hier die corporale zu verstehen sei, folgt theils aus dem Gegensatze gegen das concedere, theils daraus, daß sie vom Archidiaconus geschieht, zu dessen Amt nach c. 7. §. 5. X. de off. archidiac. gerade die Corporal-Investituren gehörten.

2) Der Erwerb des Besitzes durch Ausübung des Rechts gestaltet sich natürlich verschieden, je nach der Art des Rechts. Bei allen Rechten aber, die in der vermögensrechtlichen Verpflichtung, oder der personenrechtlichen Unterwerfung Anderer bestehen, kann der Besitz stets nur durch eine zweiseitige Handlung, Geltendmachung des Rechts von der einen und Anerkennung desselben von der andern Seite, erworben werden. Einseitiges Durchsetzen des Rechts durch Gewalt oder gegen Willensunfähige giebt hier keinen Besitz. Bei Reallasten ist daher eigentliche Zahlung des Zehnten, des Zinses u. s. w. nöthig [1]), bei der Ehe freie Desponsation [2]) u. s. w. Darauf

1) C. 19. X. de praescr. c. 8. de causa poss. c. 24. de election. c. 31. de decimis. c. 15. 31. de privilegiis.

2) c. 8. 14. X. de rest. spol.

beruht auch die Entscheidung in c. 17. X. de rest. spol.:

— attendentes, quod ex eo solo, quod populus parochiae timore sententiae (episcopi) per aliquot dies abstinuit a divinis, nullam in eos juris parochialis possessionem episcopus fuerit assecutus etc.

Der Entscheidungsgrund liegt hier in den Worten „timore per aliquot dies abstinere.“ Es kann also nicht, wie man früher gewöhnlich annahm, der sein, daß der Bischof nur erst eine sententia excommunicationis erlassen habe, sondern nur der, daß in dem bloßen negativen Enthalten während einiger Tage aus Furcht noch keine Anerkennung der bischöflichen Jurisdiction liegt, und nur erst dadurch, nicht schon durch das bloße Erlassen von Befehlen, der Besitz der Jurisdiction erworben wird [1]). Ein länger dauerndes Enthalten würde als ein Zeichen von Gehorsam und Unterwerfung dem Bischofe den Besitz verschafft haben.

3) Ueber die Frage, ob beim Besitzerwerbe durch Ausübung einmalige Ausübung genügt, oder mehrfache nöthig ist, enthalten die Decretalen keine Entscheidung. Allerdings wird in c. 3. de causa poss. der Besitz eines Wahlrechtes auf dreimalige Mitwahl, in c. 7. eod. der Besitz eines Collationsrechtes auf zweimalige Collation, in c. 24. de election. c. 8. de causa poss. der Besitz eines Grundzinses auf lang- oder wenigstens mehrjährige Erhebung gestützt. Allein in keiner

1) So schon Innocenz IV. in seinem Commentare. Ganz verfehlt ist die Erklärung von Dunker (Zeitschr. f. D. R. B. 2. S. 59), weil die Excommunikation einer ganzen Gemeinde kein Recht des Pfarrers, sondern nur des Bischofes sei, so enthalte deren Ausspruch auch keine Ausübung des Parochial-, sondern nur des Episcopalrechtes. Der Bischof und der Abt, die hier processiren, wollten ja nicht Pfarrer in dem Dorfe werden; sondern jus parochiale ist hier, wie in c. 2. ut lite non cont., nichts anderes, als das geistliche Hoheits-, namentlich Jurisdictions-Recht über die Parochie.

dieser Stellen ist die mehrmalige Ausübung für wesentlich nothwendig erklärt, sondern sie ist stets nur zur Begründung eines ganz unzweifelhaften Besitzstandes angeführt. Daß eben so wenig auch c. 17. de rest. spol. eine Entscheidung darüber enthalte, ist bereits oben bemerkt.

4) Eben so wenig ist die Frage bestimmt entschieden, in wie fern bei Rechten, die einen Complex von einzelnen Befugnissen in sich schließen, oder über einen größern Länderdistrict gehen, ein General- oder Totalbesitz möglich sei, oder nur auf einzelne factische Ausübungen gesehen werden dürfe. Daß ein Totalbesitz im allgemeinen möglich sei, scheint daraus hervorzugehen, daß bei den Kirchenämtern stets von ihrem Besitze im allgemeinen die Rede ist. Indessen ist dieses jedenfalls so zu verstehen, daß sofern eine Trennung der verschiedenen Befugnisse überhaupt möglich ist, auch der Besitz derselben getrennt werden kann. So ist namentlich von der Trennung des Besitzes der einzelnen bischöflichen Hoheitsrechte mehrfach die Rede, z. B. c. 8. X. de causa poss., c. 15. 18. de praescr., c. 7. de relig. dom. In Betreff der localen Ausdehnung findet sich nichts als die Zulässigkeit des Besitzes einzelner Exemtionen. In c. 1. X. ut lite pend. ist zwar vom Besitze des Rechts, durch ganz England ein Kreuz vor sich hertragen zu lassen, die Rede; allein ohne Beziehung darauf, ob das Recht auch als solches im Ganzen habe besessen werden können. Alle weitern Fragen sind somit der Wissenschaft durchaus offen gelassen.

§. 26.

Schutz des Besitzes der Rechte.

Beim Schutze des Besitzes der Rechte weichen die Decretalen wieder sehr bedeutend vom Standpunkte des Römischen

Rechtes ab. Das Römische Recht konnte hier in seiner Beschränktheit das praktische Bedürfniß der Zeit nicht befriedigen. Theorie und Praxis hatten daher bereits für sich angefangen, diesem Mangel auf ihre Weise Abhülfe zu verschaffen. Sie übertrugen, wie oben bei den Glossatoren nachgewiesen ist, einerseits das interdictum U. P. ganz allgemein auch auf den Besitz der Rechte, und stellten anderseits den Satz auf, daß beim Besitze der Rechte wenn auch keine eigentliche Dejection, doch eine eigenmächtige, selbst gewaltsame, Entziehung des Besitzes möglich sei, und daher auch eine Besitzklage auf Restitution des Besitzes gegeben werden könne. Die erstere Annahme scheint mehr der Theorie ihren Ursprung zu verdanken, die letztere dagegen scheint sich unmittelbar in der Praxis, und zwar vorzugsweise in der Praxis der geistlichen Gerichte ausgebildet zu haben. Denn die Glossatoren des Römischen Rechts hatten, wie oben gezeigt ist, diese Ansicht noch nicht. Doch aber sagt Roffred, der einzige unter den Glossatoren, der die Frage überhaupt nur näher bespricht, in der Praxis seiner Zeit sei jene Ansicht bereits ziemlich allgemein, und zwar ist der Fall, auf den er sich dabei hauptsächlich beruft, aus der kirchlichen Praxis. Die Entstehung der Ansicht auf dem kirchlichen Boden scheint man aber aus dem Zusammenwirken Römischer, Germanischer und Canonischer Rechtsansichten erklären zu müssen. Aus dem Römischen Rechte ging namentlich das Grundprincip des Besitzschutzes überhaupt, und die formelle Behandlung des Klagerechts, namentlich der Gegensatz gegen das interd. U. P. hervor; auf dem Germanischen und Canonischen Rechte zusammen beruhte dagegen der Umfang des Besitzes der Rechte, und die Behandlung der Besitzesentziehung, auf dem letztern allein endlich die Verbindung dieser Principien mit den Römischen. Das Ganze giebt wieder ein anschauliches Bild von dem eigen-

thümlichen Charakter der Canonischen Rechtsbildung, namentlich ihrem abstracten Standpunkte über den einzelnen nationalen Rechtsansichten.

Die ganze Theorie vom Schutze des Besitzes der Rechte, die auf diese Weise entstand, wurde nun in ihrem ganzen Umfange auch von den Päpsten anerkannt, und in ihren Decretalen zur Ausführung und weitern Ausbildung gebracht. Zwar enthalten die Decretalen nirgends eine ausdrückliche Erklärung oder Bestimmung darüber, allein der Inhalt der Entscheidungen, die dabei gebrauchten Ausdrücke, und einzelne darin vorkommende Aeußerungen liefern einen Beweis, der keiner weitern Bestätigung bedarf.

Das interdictum U. P. wird nur an einer Stelle ausdrücklich genannt, nämlich in der schon oben besprochenen Stelle über das Interdict, dem c. 9. X. de probationibus. Der Streit, der hier entschieden wird, wird im Anfange der Stelle bezeichnet als:

— causa, quae vertitur super jurisdictione, honore ac districtu [1]) in villa Luci, S. Politi, et castro Arioli.

und das Urtheil am Schlusse der Stelle lautet:

— condemnamus super jurisdictione, et honore atque districtu in locis praedictis —

Es kann daher kein Zweifel sein, daß die Stelle auf den Besitz von Rechten zu beziehen ist. Im Verlaufe der Stelle kommen zwar auch die Worte vor:

— villam et castrum cum honore, districtu et jurisdictione possedisse — cum jurisdictione etc. loca possedit —

allein es versteht sich, daß der Besitz einer Stadt nur als

1) Districtus ist nicht „District" im heutigen Sinne, sondern das Recht des distringere, der Gerichtsbann. Ebenso in c. 6. X. de fide instrum.

publicistischer Besitz, also als Besitz der genannten Hoheitsrechte über die Stadt aufgefaßt werden kann, daß also der Ausdruck „villa cum jurisdictione“ mit dem „jurisdictio in villa“ durchaus gleichbedeutend verstanden werden muß. Außer dieser Stelle finden sich übrigens noch mehrere andere, in denen das interd. U. P. zwar nicht ausdrücklich genannt ist, in denen aber doch die sonst gebrauchten Ausdrücke deutlich anzeigen, daß sie auf das Interdict, oder wenigstens eine ihm entsprechende Klage auf Schutz im Besitze von Rechten zu beziehen sind, so z. B.

c. 6. X. de fide instrum.

— petebat, — ut cessaret (episcopus) ab inquietatione — albergeriae loci Scozulae — et illius etiam castellantiae, — rursus ut non inquietaret monasterium in possessione vel quasipossessione piscariae totius aquae Ticini —

c. 51. X. de appellation.

— ad nos vocem appellationis emisit, ne quis eum super possessione ecclesiae praesumeret indebite molestare.

c. 6. X. de arbitris.

— quum — super decimis quibusdam — convenissent — tam super possessione quam proprietate —

c. 9. X. de decimis.

Suggestum est nobis, quod fratres de U. decimas a vobis auferre conantur [1]).

Sehr häufig erwähnen die Decretalen dagegen den Fall der Spoliation der Rechte, und die Restitutionsklage, die dann stattfindet. Fast bei allen Rechten, bei denen der Besitz derselben erwähnt ist, kommen auch Fälle von Spoliation und Restitutionsklagen vor, so namentlich bei Episcopat [2]), Archidia-

1) Vgl. auch c. 19. X. de rest. spol. c. 15. X. Coll. I. de decimis.
2) C. 37. de off. jud. (1. 29.)

conat [1]), Beneficien [2]), Wahlrechten [3]), Ehrenrechten [4]), Parochialrechten [5]), Reallasten [6]), namentlich Zehnten [7]), Ehe [8]). Statt des Wortes spoliare wird bei Aemtern auch das Wort destituere [9]), bei Reallasten subtrahere oder auferre pensiones decimas [10]) u. s. w. gebraucht. Eine genauere Bezeichnung der Klage, etwa als interdictum U. V. utile oder actio in locum interdicti surrogata, wie sie Roffred in der oben erwähnten Stelle giebt, findet sich zwar nirgends. Indessen zeigen die Ausdrücke spoliare und restituere, so wie die allgemeine Bezeichnung der Klage als judicium possessorium im Gegensatz des petitorium [11]), und ihre ganze Behandlung, daß man darunter durchaus nichts anderes als eine Besitzklage nach Analogie des interdictum U. V. zu denken habe. Nur eine allerdings sehr wichtige Verschiedenheit von den Grundsätzen des Römischen Interdicts ist bei der Klage in den Decretalen ganz unzweifelhaft zugelassen, nämlich daß es zu ihrer Begründung keiner eigentlichen Gewalt, keiner vis atrox bedarf, sondern daß sie durch jede widerrechtliche Eigenmacht begründet wird. Allerdings finden sich bei den Rechten, mit denen ein Sachenbesitz verbunden ist, namentlich bei Beneficien, auch Beispiele von gewaltsamer Spoliation; — so beziehen sich c. 2—4. X. de

1) C. 30. de testibus.
2) C. 2. 3. 4. 7. de rest. spol.
3) C. 3. ne sede voc. c. 2. de in int. rest. c. 20. de sentent.
4) C. 1. ut lite pend.
5) C. 17. de rest. spol.
6) C. 19. de rest. spol.
7) C. 10. de decimis. c. 22. de off. jud.
8) C. 13. de rest. spol. c. 8. de divort.
9) C. 7. de institut. (3. 7.)
10) C. 24. de election. c. 3. 5. 9. 11. 26. de decimis. c. 15. de privil.
11) So namentlich in c. 4 u. 8. X. de causa possessionis et proprietatis, womit auch c. 3 u. 7. eod. zu vergl. sind.

rest. spol. auf Fälle von violenter oder per violentiam ecclesia spoliare, und in c. 52. X. de appellat. kommt ein per violentiam de possessione ecclesiae ejicere vor; — allein daneben steht eine ganze Reihe von Entscheidungen, bei denen von Gewalt durchaus keine Rede ist.

So wird es als eine Spoliation, die eine Restitutionsklage begründet, angesehen, wenn eine Behörde, namentlich eine richterliche, dem Besitzer eines Rechts das Recht ohne die gehörige Form Rechtens auf irgend eine Weise nimmt, ohne alle Rücksicht, ob eine gewaltsame Execution dabei vorkommt oder nicht. Folgende Entscheidungen sprechen dieses aus. Der Erzbischof von York war im Besitze des Rechts, in ganz England ein Kreuz vor sich hertragen zu lassen. Der Erzbischof von Cambridge weigert sich aber, die Ausübung desselben in seiner Provinz zu dulden, und erlangt vom Papste „litteras prohibitionis.“ Hierauf beschwert sich der Erzbischof von York beim Papste, daß er ihn „de possessione hujus rei ante cognitionem judicii spoliasset“, worauf der Papst ihm die vorläufige Restitution zuerkennt [1]). — Ein Abt hatte eine vacante Dignität an seiner Kirche ohne Recht in Besitz genommen. Der Papst sendet einen Delegaten zur Untersuchung der Sache; dieser, ohne auf die Einreden des Abtes Rücksicht zu nehmen, „in suam curam assumsit custodiam memoratam.“ Der Abt beschwert sich, und wird vom Papste vorläufig restituirt, „quum constet, contra formam mandati apostolici ipsum esse destitutum“ [2]). — Der Schatzmeister eines Capitels war zum Bischofe erwählt, hatte aber das Schatzmeisteramt unter Zustimmung des Capitels behalten. Der Papst sendet Delegaten zur Untersuchung. Diese

1) C. 1. X. ut lite pend.
2) C. 7. X. de institution. (3. 7.)

ernennen ohne weiteres einen neuen Schatzmeister, führen ihn in den Dienst ein, und befehlen dem Bischofe und Capitel, ihn anzuerkennen. Der Papst erkennt aber auf eingelegte Appellation dem Bischofe vorläufige Restitution des Besitzes der Dignität zu [1]). — Ein Bischof hatte einen Pfarrer, der Studien halber abwesend war, ohne weiteres abgesetzt. Der Papst restituirt ihn, indem er dem Bischofe schreibt:

— clericum R., quum vacaret scholasticis disciplinis, non citatum ecclesia spoliasti. Quia vero non decet, clericos sine manifesta et rationabili causa suis beneficiis spoliare, — restituas; — exinde ordine judiciario poteris experiri etc.

Auch folgende Stellen, wo die nähern Umstände fehlen, scheinen hieher zu gehören:

c. 22. X. de off. jud.

— decimas, — quibus episcopus se asserit spoliatum, sive per laicalem potentiam sive per judices factum sit, restitui faciatis —

c. 37. X. de off. jud.

— rex Siciliae restitueret episcopum C., quem spoliaverat ecclesia et aliis bonis suis; quo restituto, — si merito esset — suspectus etc.

Ein zweiter Fall von gewaltloser Spoliation ist bei kirchlichen Wahlrechten. Jede Vornahme einer Wahl unter Ausschließung eines Mitberechtigten, oder wenigstens im Besitze des Rechts Befindlichen, wird als Spoliation behandelt. So heißt es

c. 2. X. de in int. restit.

Monachi abbatem eligere praesumserunt, cujus electionem episcopus petiit infirmari, et se ad possessionem restitui, qua eum monachi spoliarant.

1) C. 6. X. de concess. praebend. (3. 8.)

c. 3. X. de causa possess.

— electionem factam eis contradicentibus et exclusis decrevimus irritandam, clericos in eam quasi possessionem, quam habuerunt, reducentes.

c. 20. X. de sententiis.

— vos (conventus de L.) R. monachum — in abbatem per electionem canonicam assumsistis; — sed procurator (monasterii de A.) in electione monasterium de A. spoliatum fuisse cujusdam juris sui possessione dicebat, quam usque ad creationem abbatis novissimi obtinuerat.

Ein weiterer Fall gewaltloser Spoliation ist beim Ehebesitz, wo die Spoliation von Seiten des Mannes begründet wird durch jedes „sine judicio ecclesiae a se removere, dimittere uxorem“ [1]), von Seiten der Frau durch jedes „propria temeritate divertere a marito“ [2]).

Ein besonders wichtiger Fall der gewaltlosen Spoliation findet sich endlich auch bei den Reallasten. Hier geschieht nämlich die Spoliation einfach durch die Verweigerung der ferneren Zahlung. Schon oben bei der Darstellung von Roffred's Ausführung über den Besitz der Rechte ist bemerkt, daß in dem von ihm angeführten Processe zweier Klöster über eine jährliche Grundabgabe nicht nur der Kläger und der Richter, der Canonist Huguccio, von jener Annahme ausgingen, sondern daß selbst der Beklagte und sein Vertheidiger Azo das gar nicht in Abrede stellten, daß, insofern überhaupt bei solchen obligatorischen Rechtsverhältnissen ein Besitz denkbar sei, jedenfalls in der Verweigerung der ferneren Zahlung eine Entziehung des Besitzes liege. Die Decretalen zeigen nun, daß die Ansicht des

1) C. 10. de rest. spol. c. 3. 4. de divortiis.
2) C. 13. de rest. spol. c. 4. ut lite n. cont.

Huguccio überhaupt allgemeine kirchliche Praxis, und namentlich auch Praxis des Päpstlichen Gerichtes war. Die Hauptstelle darüber ist das schon oben berührte c. 24. X. de electionibus. Es behandelt einen Grundzins, den eine Kirche von einer andern als Zeichen der Subjection forderte, und es wird dabei gesagt:

> Petebat oeconomus (ecclesiae s. A.), pensionem XVI denariorum, debitam ecclesiae s. A. pro ecclesia de T., restitui de novo subtractam. — Quia fuit comprobatum, quod pensio fuit annuatim per multa tempora persoluta, sed de novo subtracta, nos in statum percipiendi pensionem ecclesiam decernimus reducendam salvo jure proprietatis.

Das subtrahere, welches hier die Spoliation bezeichnet, bedeutet durchaus nichts anderes als die Verweigerung der Zahlung und die darin liegende Besitzentziehung. Der Ausdruck scheint ursprünglich von der Verweigerung der Zehntzahlung herzustammen, wo er zunächst das Heimführen der einzelnen Zehntfrüchte vom Felde bedeutet [1]). Da indessen bei einer solchen Heimführung das juristische Moment für das Zehntrecht nicht sowohl in der Handlung des Heimführens als solcher liegt, als vielmehr in der damit verbundenen Verweigerung der Zahlung und der Bestreitung des Rechtes, so wird das Wort auch rein technisch ganz gleichbedeutend mit detinere, non solvere, solvere contradicere gebraucht. Es wird daher auch bei andern Zehnten außer dem Fruchtzehnten, namentlich auch Geldzehnten, bei denen von einem eigentlichen subtrahere keine Rede ist, angewendet [2]), und auf die Entziehung des Zehntbesitzes im Ganzen

1) Z. B. c. 7. X. de decimis. — „decimas persolvant, et de subtractis et retentis satisfactionem exhibeant.“

2) Z. B. c. 5. X. de decimis. — „decimas de lana et proventibus molendinorum et piscariarum subtrahere non verentur.“

bezogen. In diesem Sinne heißt es in c. 15. X. de privilegiis:

— quum monachi decimas diu pacifice possedissent, nunc Templarii eis ipsas subtrahere non verentur —

ferner in c. 10. 26. X. de decimis. c. 22. X. Coll. I. de decimis ganz gleichbedeutend

c. 10. — reditibus decimarum spoliare praesumunt, — non debent subtrahere.

c. 26. — decimas subtrahere non verentur, — detinere praesumunt —

c. 22. — decimas solvere contradicunt, — detinere praesumunt —

und dem entsprechend in c. 8. X. de transact. unter Andeutung des Besitzverlustes:

— decimas solvere contradicunt, — retinere praesumunt —.

— igitur decimationes ex integro praestare eos compellatis.

In dieser Bedeutung ist das Wort subtrahere denn auch in dem obigen c. 24 gebraucht. Eine andere Stelle, die ohne gerade eine bestimmte Entscheidung zu enthalten, doch deutlich von dem Standpunkte, in der Verweigerung der Zahlung eine Spoliation zu sehen, ausgeht, ist c. 22. X. coll. I. de decimis:

— Hospitalarii decimas — solvere contradicunt et detinere praesumunt. Inde est quod eos inducatis, — ut praedictas decimas aut aestimationem earum restituant, et de solvendis nullam inferant molestiam [1] —

Zwar geht das restituant hier nicht unmittelbar auf den Besitz im Ganzen, sondern zunächst nur auf den einzelnen fälligen Zehnten. Allein es zeigt doch, daß man die Weigerung hier

1) Aehnlich in c. 5. eod. — „ad restituendas subtractas decimas, et ad eas solvendas in posterum compellas."

nicht als eine einfache mora, sondern als eine Entziehung auffaßte, und da der Besitz im Ganzen hier lediglich auf den einzelnen Zahlungen beruht, so ist dadurch auch der Standpunkt für den Besitz im Ganzen von selbst mit bezeichnet [1]). Weniger bestimmt tritt der Standpunkt in einer ältern Decretale von Hadrian IV. († 1159), die eine Besitzklage beim Zehnten behandelt, in c. 29. eod. hervor:

— aliis justitiam suam subtrahere nequaquam debetis. Audivimus autem, quod decimas ecclesiae de C. non solvitis. Unde decimas — cum ea integritate, in qua antiquitus solvi solebant, solvere non differatis. Verum tamen, si quid juris habere confiditis, — ordine judiciario experiamini —

Uebrigens war aber auch die ganze Ansicht, daß die Verweigerung der Zahlung eine Spoliation sei, eigentlich ganz natürlich, ja fast nothwendig, sobald man den Standpunkt des Römischen Rechts einmal insoweit verließ, daß man beim Besitz der Rechte wenn auch keine Dejection, doch eine eigenmächtige Besitzentziehung für möglich erklärte. Denn da der Besitz in der factischen Möglichkeit der beliebigen Ausübung des Rechtes besteht, so mußte man nothwendig jede Handlung als Entziehung des Besitzes auffassen, wodurch diese Möglichkeit aufgehoben wird. Dieses ist aber der Fall bei jeder entschiedenen Verweigerung der Zahlung von Seiten des Pflichtigen. Denn mit dieser hört die einfache factische Möglichkeit auf, und dem Berechtigten bleibt nur noch das Mittel des rechtlichen Zwanges. Die Möglichkeit des rechtlichen Zwanges kann aber den Besitz hier ebensowenig erhalten, als es beim Sachenbesitze die Möglichkeit der gerichtlichen Wiedererlangung des entrissenen Besitzes thut. Auf den Mangel der

1) Auch in der Stelle von Roffred knüpft sich der Streit über die Möglichkeit der Spoliation und Restitution bei Grundlasten zunächst an die einzelne fällige Leistung.

Gewalt bei einer solchen Entziehung konnte man aber hier noch weniger als bei andern Rechten ein Gewicht legen, da diese hier an sich überhaupt gar nicht möglich ist, und immer nur insofern eintreten kann, als der Berechtigte den Versuch einer gewaltsamen Eintreibung macht oder fürchten läßt. Dieses ist denn auch, wie unten zu zeigen ist, lange Zeit ausnahmslos der Standpunkt der Theorie und Praxis gewesen, und erst später wurden aus der Rücksicht auf die Möglichkeit des rechtlichen Zwanges anderweitige Ansichten abgeleitet.

Zum Schlusse ist endlich noch die Frage zu berühren, in wie fern bei den Rechten, die auf eine personenrechtliche Unterwerfung oder eine vermögensrechtliche Verpflichtung bestimmter Personen gehen, also z. B. bei Hoheitsrechten und Reallasten, eine Entziehung des Besitzes nicht nur von dem Unterworfenen oder Verpflichteten, sondern auch von Dritten geschehen könne. Die Frage ist namentlich bei den Reallasten wichtig und interessant, weil hier die Decretalen wieder eine sehr bedeutende Abweichung von den Grundsätzen des Römischen Rechts enthalten. Sie ist daher bei diesen, wo die Decretalen auch mehrere Bestimmungen darüber enthalten, einer genauern Untersuchung zu unterwerfen. — Nach Römischem Rechte ist in Obligationsverhältnissen eine Klage stets nur zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner (wenn dessen Person auch, wie z. B. bei den act. in rem scriptae, wechseln kann) möglich. Ein Dritter kann sich auf keine Weise in das Verhältniß hineindrängen; denn mag er den Gläubiger an der Einkassirung oder den Schuldner an der Zahlung hindern, oder sich selbst die Zahlung, sei es durch Zwang oder Irrthum des Schuldners, zahlen lassen, — für die Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner an sich ist dieses alles völlig gleichgültig. Der Gläubiger kann vielleicht eine selbstständige actio doli, injuriarum u. dergl. gegen den

Dritten bekommen, das Obligationsrecht selbst aber kann er weder petitorisch noch possessorisch auf irgend eine Weise gegen den Dritten einklagen; er hat seine Klage vielmehr stets nur gegen den Schuldner selbst zu richten. Höchstens durch eine processualische Intervention kann scheinbar ein Streit zwischen zwei Gläubigern um einen Schuldner entstehen.

Dieses ist nun aber in den Decretalen bei den Reallasten durchaus anders. Die Decretalen nehmen bei Reallasten, namentlich Zehnten, außer den Klagen gegen den Pflichtigen auch gegen Dritte sowohl petitorium als possessorium, und bei letzterem sowohl Spoliation als Perturbation an. Sie sehen das Zehnt-Zinsrecht u. s. w. geradezu als ein Rechtsobject an, das wie Sachen auf rechtliche oder unrechtliche Weise aus einer Hand in die andere gehen, und dann wie diese eingeklagt werden kann. Als Beispiele für das petitorium mögen folgende Stellen dienen:

c. 19. X. de praescript.

— episcopus postulavit, ut decimas Simagiensis comitatus, quas detinet abbas, sibi restitui faceremus, nisi jure speciali se possidere monstraret —

c. 6. X. de praescript.

— duas ecclesias litigasse super decimis, quas una in alterius parochia possedit —

c. 31. X. de decimis.

— te proponente quaestionem adversus Hospitalarios, quod decimas de laboribus rusticorum suorum non permitterent tibi solvi, — igitur decimas, quae per Hospitalarios detinentur, petiisti —

c. 7. X. de h. qu. f. a prael.

— quum super decima, quam a monachis petebant, compromissi sint, monachi proponebant donationem ipsius decimae

a quodam milite factam, — monendus est laicus, qui decimam detinet, ut eam restituat ecclesiae —

Auf das possessorium, und zwar zunächst das possessorium retinendae possessionis, beziehen sich folgende Stellen:

c. 6. X. de arbitris.

Quum canonici de C. et monachi de D. super quibusdam decimis traxissent in causam, — tam super possessione quam super proprietate — quum canonici monachos super praedictis decimis convenissent, monachi canonicos super quibusdam aliis decimis convenire volebant, — possessorio et petitorio simul est actum [1]).

c. 15. X. Coll. I. de decimis.

— canonici demonstraverunt, vos quasdam decimationes ad suum jus pertinentes violenter auferre, et ipsos super eisdem decimationibus ausu temerario infestare. — mandamus quatenus nullam eorum decimationem auferre seu perturbare praesumatis.

c. 9. X. de decimis.

Suggestum est nobis, quod fratres de U. decimas vobis auferre conantur —

Von Spoliation und Restitution sprechen folgende Stellen:

c. 22. de offic. jud.

— decimas, quibus episcopus se asserit spoliatum, praecipue quum easdem sibi a sede apostolica asserat confirmatas, sive per laicalem potentiam sive per judices factum sit, restitui faciatis.

c. 2. de rest. spol. in 6to.

Ad decimas, quas canonici s. N. se asserunt infra parochiam

1) Die Schlußworte stehen in c. 6. de causa poss., welches die Fortsetzung von c. 6.

B. clerici possedisse aliquamdiu, et eis per eundem clericum spoliatos fuisse, nequaquam debent restitui, nisi etc.
c. 19. X. de rest. spol.

— nec afflictuum et pensionum possessio poterat tibi restitui, quia ea non fueras per Pisanos spoliatus —

Die Anwendung der Besitzklagen auf Zehnt- und ähnliche Rechte für den Fall von Störungen und Entziehungen durch Dritte kann nach diesen Stellen an sich wohl nicht bezweifelt werden. Schwieriger ist die Frage, wie die Begriffe der Störung und Entziehung selbst hier zu bestimmen und gegen einander abzugränzen seien. Ausdrückliche Entscheidungen enthalten die Decretalen darüber nicht. Indessen versteht sich den obigen Stellen zufolge so viel wohl von selbst, daß jeder Versuch eines Dritten, durch Gewalt oder selbst in Güte die Zahlung der Grundlast, namentlich des Zehnten, sich zu verschaffen, oder auch nur den Besitzer an der Eintreibung zu verhindern, als Störung seines Besitzes zu behandeln ist [1]. Ebenso läßt sich aber auch das mit ziemlicher Bestimmtheit sagen, daß jede wirkliche Verhinderung der Zahlung, geschehe sie durch unmittelbare Gewalt oder durch ein Verbot einer staatlichen oder kirchlichen Behörde, dem der Pflichtige gehorchen muß, eine Spoliation enthält, selbst wenn der Spoliant die Zahlung für sich selbst nicht in Anspruch nimmt. Es folgt dieses aus c. 31. cit., wo das „non permittunt, decimas de laboribus rusticorum suorum tibi solvi,“ dem „detinere“ gleichgestellt und als Grund der Vindication angesehen wird; aus c. 22. cit., wo unter dem „per judices spoliare“ offenbar nichts anderes als ein richterlicher Erlaß über die Zahlung zu verstehen ist; endlich aus der Entscheidung des

1) Natürlich ist damit die Anmaßung eines andern vielleicht ähnlichen Reallastrechtes neben jenem Besitze nicht zu verwechseln.

c. 19. cit. Ein Bischof von Lucca klagt gegen die Stadt Pisa, weil sie mehrere Ortschaften, die ihm gehörten und in denen er Abgaben zu erheben habe, besetzt hätten. Der Papst entscheidet, der Besitz der Ortschaften selbst sei zwar nicht bewiesen, wohl aber der der Abgabenerhebung; dieser aber sei durch die Besetzung zwar nicht eigentlich entzogen, aber doch sehr beeinträchtigt [1]):

— quia illis detinentibus castra, in quibus recipis affictus, ea plene ac libere habere non posses, eo quod, quamdiu ea detinent, in eorum potestate relinquitur te non admittere vel repellere quando velint [2]).

Darin liegt, daß ein wirkliches „non admittere vel repellere" eine vollständige Spoliation enthalten haben würde.

Zweifelhafter ist es, ob nicht auch schon dann eine Spoliation anzunehmen sei, wenn ein Dritter durch Gewalt oder sonst sich einfach die Zahlung verschafft, ohne aber den bisherigen Besitzer zu verhindern, sich selber die Zahlung noch einmal vom Pflichtigen leisten zu lassen. Nach dem Römischen Obligationenrechte hätte in diesem Falle der bisherige Besitzer nur eine Klage gegen den Pflichtigen auf nochmalige Leistung, und dieser dann eine condictio indebiti gegen den Dritten. Allein der Anwendung des petitorium und possessorium auf diese Verhältnisse entspricht diese Behandlung nicht. Danach darf man die Grundlast, namentlich den Zehnten, nicht als eine einfache generische Schuld ansehen, die beliebig oft gezahlt werden kann, sondern sie ist ein bestimmtes Object, welches als solches nur einmal geleistet

1) — non fueras spoliatus, fuit tamen in modo peccatum, quia debuit facere, ut Pisani possessionem affictuum tibi dimitterent plane ac libere —.

2) Daß dieser Entscheidungsgrund etwas problematischer Natur ist, liegt am Tage und ist schon früh gerügt.

werden kann, und durch dessen Leistung, wenn sie auch von Dritten erzwungen oder erschlichen ist, der Pflichtige, sofern er nur außer Schuld ist, frei wird, so daß dem eigentlich Berechtigten nur die Anstellung der petitorischen oder possessorischen Klage gegen den Dritten übrig bleibt. Eine Bestätigung dieser Ansicht liegt in c. 2. cit., wo die Kanoniker eines Capitels, die in einer fremden Parochie einen Zehnten im Besitze hatten, als der Pfarrer der Parochie diesen eingezogen hatte, nicht gegen die Bauern, sondern gegen den Pfarrer Klage erheben, ferner in c. 15. und c. 9. cit., wo schon das bloße auferre decimas als Grund einer Klage des Zehntherrn gegen den Dritten angesehen wird.

§. 27.

Theorie und Praxis der Kirche bis zum Schlusse des Mittelalters. Spolienklage.

Die Theorie der Canonisten des XIII. und XIV. Jahrhunderts ist für die ganze spätere Gestaltung der Besitzlehre von außerordentlicher Wichtigkeit. Es ist in den bisherigen Ausführungen nachgewiesen, wie das Canonische Recht wirklich in mehreren Beziehungen zum Theil sehr bedeutende Modificationen des Römischen Rechts aufstellte, in andern dagegen wenigstens Anhaltspunkte zu einem noch weitern Hinausgehen über den Standpunkt des Römischen Rechts darbot. In der Theorie des XIII. und XIV. Jahrhunderts wird dieser gesammte Stoff nun zuerst vollständig wissenschaftlich bearbeitet, seine Eigenthümlichkeiten werden schärfer hervorgehoben, als sie in den Quellen selbst hervortreten, und er wird damit einerseits der kirchlichen Praxis, dann aber namentlich auch der Romanistischen Theorie und der weltlichen Praxis, in die das Canonische Recht jetzt

allmählig vollständig eindrang, zugänglicher gemacht. Zwar kann man nicht sagen, daß die Canonisten dieser Zeit gerade mit einem großen Aufwande an Geist und Gelehrsamkeit gearbeitet haben; im Gegentheil zeigen sie zum Theil eine ganz unglaubliche Geistlosigkeit und Ungründlichkeit, namentlich ist von einer genauern Kritik des eigentlichen Umfanges der Neuerungen des Canonischen Rechts selten die Rede. Allein dies hinderte ihre Wirksamkeit durchaus nicht. Denn bereits fing jetzt jene Zeit an, wo die frische unmittelbare Auffassung der Rechtsquellen selbst, die die Wissenschaft der Glossatoren auszeichnete, aufhörte, wo man anfing, mehr die Commentare über die Rechtsquellen als diese selbst zu bearbeiten, und weniger darauf ausging, selbstständige Ansichten aus den Quellen selbst zu begründen, als die alten zu wiederholen, zu vergleichen, zu combiniren u. d. m. So war es natürlich, daß die Ansichten, die hier aufgestellt wurden, sobald sie dem Geiste und dem Bedürfnisse der Zeit zusagten, bald allgemeine Verbreitung und Anwendung erlangten, mochten sie gerade mit den Quellen übereinstimmen oder nicht. Auf diese Weise kommt es, daß alle die Modificationen der Römischen Besitzlehre, die die spätere Zeit noch über die wirklich im Canonischen Rechte begründeten hinaus hat, hier wenn nicht ihre vollständige Ausbildung, doch jedenfalls ihre ersten Grundlagen haben.

Der erste Punkt, der hier zu nennen ist, ist die Ausbildung der Klage aus dem canon Redintegranda. Die Nichtanerkennung dieser Klage in den Decretalen hielt die Canonistische Theorie nicht ab, den von der Glosse zum Decrete eingenommenen Standpunkt festzuhalten und weiter auszubilden. Einzelne Stimmen, die sich dagegen erhoben, wurden nicht beachtet. Der älteste der Canonisten nach dem Liber X., Goffredus de Trano († 1245), schließt sich ganz unmittelbar an die Glosse

zum Decrete an. Er nimmt in seiner Summa super decretalibus im Titel de restit. spoliat. zunächst in §. 2. den allgemeinen Ausspruch der Glosse auf:

> Generaliter restituendus est quilibet ab alio, quam a suo judice, vel a suo judice sine juris ordine spoliatus, ut C. 3. qu. 1. per totum.

und dann ebenso in §. 5. die Unterscheidung der vier Arten von Rechtsmitteln: actio, interdictum, officium judicis, condictio ex canone. Bei dem letztern unterscheidet er dann aber weiter condictio ex c. 18. de rest. spol., ex c. 51. de appellat., ex c. Red. Auf die Klage aus dem c. 51. legt er zwar keinen großen Werth, und meint, man könne die Stelle allenfalls auch aus einer der beiden andern oder aus dem officium judicis erklären; zwischen den beiden andern unterscheidet er aber sehr scharf, freilich auf eine Weise, daß man seinen eigenen Augen kaum traut, wenn man es liest. Er sagt:

> Sed inter c. Red. et c. 18. differentia est notanda. Nam c. Red. generalis est, qualitercunque, et quomodocunque quis amiserit rem, — et apud quemcunque fuerit constituta; c. 18. requirit scientiam successoris, ut cum quis scienter rem receperit — competat condictio contra talem, *et hoc de novo inducitur per decretalem illam.*

Daß es ein Unsinn sei, die Haftung des schlechtgläubigen Besitzers neu einzuführen, wenn bereits vorher die Haftung eines jeden Besitzers feststeht, scheint er gar nicht zu fühlen, wenigstens giebt er keine Erklärung darüber; vielmehr steigert er diese Naivität noch, indem er hinterher hinzufügt:

> verumtamen quum is, qui scientiam allegat, probare habeat, et grave sit probare scientiam alienam, non reputo caute agi condictione ex c. 18., puto vero esse tutum, agi officio judicis ex can. Redint.

Man sollte meinen, diese Widersprüche seien so augenfällig, daß Goffred's Darstellung nicht als Unterstützung, sondern nur als Selbstwiderlegung seiner Ansicht hätte wirken können. Allein der Erfolg zeigte das Gegentheil. Der berühmte Canonist Hostiensis [1]) († 1271) schrieb in seiner Summa super decretalibus Goffred's gesammte Darstellung, namentlich seine Theorie über die verschiedenen Rechtsmittel, fast wörtlich ab, und sagt dabei ganz in Goffred's Geiste:

> — multotiens tutius est, quod agatur ex c. Red., quam ex c. 18. — Quum igitur diversae actiones competant spoliato, caveat ne inepte proponat, aliter succumbet propter ineptam petitionem.

In seinem großen Commentare zu den Decretalen, wo er bei c. 18. dieselbe Theorie wiederholt, fühlt er zwar, daß das Verhältniß des c. 18. zum c. Red. einer Erklärung bedürfe, allein er weiß keine bessere zu geben als die:

> — licet in hoc casu subveniret c. Red., voluit tamen concilium et hanc constitutionem addere ad declarandum, quod jus civile contrarium non obstaret, cui forte multi judices ecclesiastici insistebant.

Nicht weniger hat die Glosse zu den Decretalen diesen Standpunkt bei c. 15. 18. de rest. spol., c. 51. de appellat., c 11. de judic. Namentlich beseitigt sie die direct entgegenstehende Entscheidung in c. 15. de rest. spol. mit der Bemerkung:

> Sic patet, quod iste ineptam proposuit petitionem; nam interdictum U. V. non datur, nisi contra illum, qui dejecit; — videtur tamen, quod in rebus ecclesiasticis posset agi contra quemlibet possessorem; hoc verum est, sed non per interdictum sed condictione ex c. Red.

1) Eigentlich Henricus de Segusio, episcopus Ostiensis.

Durch diese Auctoritäten war die Herrschaft des c. Red. für die folgenden Jahrhunderte eigentlich bereits entschieden. Vollständig gesichert wurde sie ihm indessen dadurch, daß auch Durantis († 1298) die Ansichten der bisherigen in sein berühmtes Speculum judiciale aufnahm. Sie sind hier, noch mit weitern Zusätzen und Detail vermehrt, im Titel de restit. spoliat. n. 11—19. ausgeführt.

Uebrigens blieb die ganze Theorie doch auch schon im XIII. Jahrhunderte nicht ganz ohne Widerspruch. Gerade der berühmteste und bedeutendste unter allen ältern Commentatoren der Decretalen, der Papst Innocenz IV.[1]), der berühmte Gegner Kaiser Friedrich's II., erklärte sich entschieden gegen die Annahme einer besondern condictio ex c. Red. Er sagt in seinem Commentar bei c. 15. de rest. spol.:

> — in rebus ecclesiasticis dixerunt quidam contra quemlibet agi posse condictione ex c. Red., sed nos hoc non dicimus, et intelligimus hoc caput Red. et alia jura quae pro eo facere videntur, quod omnia sunt spoliatis restituenda, non condictione ex canone, sed interdicto U. V., vel aliis competentibus actionibus, puta si dolo contraxit, actione de dolo, si metu, actione q. metus c.[2]), et sic de aliis.

Ebenso verwarf er die condictio aus c. 51. de appell., indem

1) Er hieß ursprünglich Sinibaldus Fliscus, indessen soll er seinen Commentar erst als Papst während seines Aufenthaltes in Lyon geschrieben oder wenigstens vollendet haben. *Glück*, praecognita jurisprud. eccles. p. 168.

2) In Betreff dieser zeigt Innocenz seine gründliche Kenntniß des Römischen Rechts, indem er im Commentar zu c. 18. hervorhebt, daß man die actio q. m. c. nach l. 21. §. 2. q. m. c. auch zur Wiedererlangung abgezwungenen bloßen Besitzes benutzen könne, und insofern schon nach Römischem Rechte eine Besitzklage gegen dritte Besitzer möglich sei.

er die Stelle auf Attentate nach Einlegung der Appellation beschränkte, so daß er eine Aenderung des Römischen Rechts nur in der Bestimmung des c. 18. de rest. spol. annahm. Indessen konnte er mit dieser Ansicht trotz des ganz außerordentlichen Ansehens, welches sein Commentar erlangte, nicht durchdringen. Die Beschränkung des c. Red. auf die einzelnen Klagerechte des Römischen Rechts war, wie oben gezeigt ist, schon in seiner ursprünglichen Fassung bei Pseudo-Isidor unzulässig; ganz unnatürlich mußte sie bei der Form erscheinen, die Gratian der Stelle durch die Auslassung der auf die Spolieneinrede bezüglichen Schlußworte gegeben hatte. Die Stelle wäre dann nichts als eine so ungeschickte, durchaus zwecklose und nichtssagende Zusammenstellung der Römischen Klagerechte gewesen, daß sich kaum ihre Entstehung, noch weniger ihre Aufnahme in's Decret, und zwar in zwei Stellen (c. 3. und 4. C. 3. qu. 1.), hätte erklären lassen. Ohne die Wiederherstellung der Verbindung der Stelle mit der exceptio spolii war es daher gar nicht möglich, daß die Innocenzische Ansicht irgend weite Verbreitung finden konnte [1]. Von dieser Verbindung findet sich aber bei Innocenz keine Spur. Im Verlaufe des XIV. Jahrhunderts wurde sie zwar wirklich wieder aufgefunden. Aegidius Bellamera, Bischof von Mailand († 1392), verglich die Stelle mit dem Originale der Ps.-Isidorischen Decretalen, fand dort die fehlenden Schlußworte und machte daher in seinem

1) Von einem seltsamen Versuche, die Ansicht von Innocenz zu retten, giebt Butrio im Commentare zum c. 18. Nachricht. Er sagt n. 14: Host. intellexit Inn., quod c. Red. simpliciter esset approbatorium aliorum remediorum. Sed dicit Jo. Calderini, quod alii intelligunt, Inn. voluisse, quod omnia alia remedia possessoria, ut actio metus, doli, de vi, et similia, in isto can. includerentur, et quod per hoc remedium ut generale posset agi, ubi alia competunt, et posse simul cum aliis specialibus in eodem libello accumulari.

Commentare zum Decrete bei der Stelle geltend, daß dieselbe eigentlich durchaus kein selbstständiges Klagerecht, sondern nur eine Einrede enthalte. Indessen blieb seine Entdeckung durchaus ohne Einfluß, ja sie wurde kaum beachtet, theils weil er überhaupt kein großes Ansehen erlangte, theils weil er selbst schon insofern wenig Gewicht darauf legte, als er meinte, daß man die feststehende Praxis dadurch nicht umstoßen könne.

So kommt es, daß wir die condictio aus dem c. Red. bei den Canonisten des XIV. und XV. Jahrhunderts in unbestrittener Herrschaft finden. Sie findet sich in den Commentaren zum Decrete von Baisio, Geminiano, Lignano, Turrecremata [1]), in den Commentaren zu den Decretalen von Andreä, Calderini, Butrio, Ancharano, Zabarella, Imola, Panormitanus, Anania [2]), in den Consilien von Panormitanus, Butrio, Ancharano, Barbatia [3]), und namentlich wurde sie auch in der Praxis der Rota Romana [4]) angenommen. Rein theoretisch erklären sich zwar außer Bellamera auch Andere, namentlich Zabarella und Panormitanus, die die Ansicht von Innocenz vertheidigen, gegen die Klage, allein sie sagen dabei selbst, wie Bellamera, daß man von der feststehenden Praxis nicht mehr abweichen dürfe. Die Collision mit dem c. 18. blieb dabei keineswegs unbeachtet, indessen nahm man um so weniger Anstand, das weitere Klagerecht neben demselben bestehen zu

1) Bei allen im Comment. zum c. Red. Lignano's Ansicht kennen wir jedoch nur aus einem Citate in Zabarella's Comment. zu c. 18. de rest. spol.

2) Bei allen im Comment. zu c. 15. u. 18. de rest. spol. Calderini kennen wir nur aus den Consilien von Barbatia. IV. 23.

3) *Pan.* c. 114. *But.* c. 62. *Anch.* c. 42. *Bar.* c. I. 9. IV. 23.

4) Decis. rotae coll. per Th. Fastoli, num. 1. de a. 1336. coll. per Cassador. de rest. spol. n. 7. coll. per Peutinger. 88. n. 6. Decis. noviss. I. 344.

lassen, als man sich sagen konnte, daß die Gründe der Billigkeit und Sündhaftigkeit, auf die das c. 18. gestützt ist, in ihrer vollen Consequenz eigentlich nicht zu dem beschränkten Klagerechte des c. 18, sondern dem allgemeinen des c. Red. hinführten. Manche, wie z. B. Anania, erklären daher das c. 18. geradezu für überflüssig, und tadeln Gregor IX., daß er es in den Liber X. aufgenommen habe; Andere, wie z. B. Imola, Ancharano, beruhigen sich mit dem alten Grunde des Hostiensis; die meiste Verbreitung fand aber die Ansicht, die eigentlich überhaupt vernünftigerweise allein möglich war, daß nämlich der c. Red. nur für den Clerus, das c. 18. aber auch für die Laien erlassen sei. Sie findet sich bei Fano, Calderini, Lignano, Zabarella, Panormitanus, Geminiano. Der letztere namentlich sagt:

> Canon Red. non habet locum in rebus laicis secundum Jo. de Fano; idem tenet Jo. Calderini, dicens, quod nimium esset durum, sic ampliare remedium hujus c. Dominus Andreae tenet contrarium, quia detinens injuste rem alienam peccat mortaliter, et quia ratio generalis est pro spoliatis. Sed canon Red. non intendit providere contra peccatum detinentis rem injuste, sed tantam spoliantis.

Die Ansicht von Andreä, die hier angeführt, aber verworfen wird, hatte indessen die Principien des c. 18. zu sehr für sich, und der Unterschied zwischen Geistlichen und Laien entbehrte zu sehr allen innern Grundes, als daß er sich in der Praxis hätte durchführen lassen. Einzelne, wie z. B. Butrio [1]), Barbatia, erklären sich daher ausdrücklich für die Anwen-

1) Er sagt im Comm. zu c. 18. — aequum est, c. Red. servari etiam in foro civili, quum generaliter loquatur, et quia ordinatur ad finem corrigendi peccatum; et dato, quod jura illa loquantur de episcopis, non sunt ad illos restringenda, quum eadem sit ratio in aliis.

dung auf Laien, auch die Rota Romana faßte den Beschluß:

> — concluserunt domini, quod ex quo constat possessori de mala fide auctoris, militat contra ipsum consideratio peccati.

und mit der allgemeinen Verbreitung der Klage bei den Romanisten verschwindet die Beschränkung auf die Geistlichen von selbst vollständig [1]).

Durch die Collision des c. Red. mit dem c. 18. gab es sich von selbst, daß die Zulassung der Klage gegen den dritten gutgläubigen Besitzer stets als die Hauptfrage bei der Interpretation der Stelle und bei der Annahme einer selbstständigen Klage daraus behandelt wurde. Es versteht sich aber, daß sobald diese Annahme einmal feststand, man nun auch in andern Beziehungen die Klage den Worten der Stelle gemäß behandelte, daß somit das ganze Klagerecht, welches Pseudo-Isidor den angeklagten Bischöfen in Verbindung mit der Spolieneinrede gegeben hatte, jetzt als ein allgemeines selbstständiges Klagerecht hingestellt wurde. Das wichtigste außer der Haftung des dritten Besitzers war bei jenem Klagerechte die Bestimmung des Klagegrundes, daß dieser nicht auf Gewalt beschränkt, sondern allgemein auf „quaecunque injusta causa amissionis“, also namentlich auch auf Zwang und Betrug, gestellt war. Dieses nahm man jetzt allmählig auch bei der Klage aus dem c. Red. an. Die Glosse zum Decrete ging in dieser Beziehung noch nicht weiter, als daß der c. Red. Gewalt, Zwang und Betrug einander gleichstelle; bei Goffredus, Hostiensis und Durantis findet sich aber bereits die Idee, daß die Klage, wie Goffred sagt:

1) Vgl. *Alex. Tartagnus*, consil. III. 6. V. 95. *Decius*, consil. num. 252. Unten §. 32.

— generalis est, qualitercunque et quomodocunque quis amiserit rem.

Zwar führten diese die Idee noch nicht eigentlich vollständig durch, indem sie im Einzelnen doch immer nur von Gewalt und Dejection sprechen. Allein schon Guido Baisio, ein unter dem Namen Archidiaconus im XIV. und XV. Jahrhunderte sehr häufig benutzter Canonist vom Ende des XIII. Jahrhunderts, sagt in seinem Commentar zum c. Red.:

Condictio ex c. Red. generalis est, et locum habet, qualitercunque quis rem amisit, — et nota, quod cum clericus dicit se amisisse rem, in casibus in littera non patentibus secundum simplicitatem juris canonici petit restitui per officium judicis, et sic consuevit intelligi hoc c. Red.

und noch bestimmter sagt Calderini († um 1350) [1]):

Per c. Red. subvenitur his, qui quocunque modo injuste amiserunt possessionem rei, etsi non per violentiam vel metum vel dolum, sed forte alias injuste, praeter culpam tamen suam, ceciderit quis a possessione.

Von da an wird dieses dann allgemeine Meinung, die sich bei allen den oben Genannten findet. Ja man ging selbst noch weiter, und leitete ohne allen Anhalt in den Rechtsquellen aus ein Paar ganz unbegründeten Behauptungen von Innocenz einen Rechtssatz ab, der die Klage aus dem c. Red. in der That über alle und jede Gränze eines natürlichen Systemes des Besitzesschutzes ganz rücksichtslos hinaus ausdehnte. Innocenz spricht bei c. 18. de rest. sp. den Satz aus:

— si aliquis possidebat bona fide, et alius eandem possessionem occupet bona fide, nisi constiterit priorem juste

1) Er wird von Butrio im Comm. zum c. 18. und von Barbatia, cons. IV. 23., citirt.

amisisse possessionem, fiet ei restitutio et non probata spoliatione, ut l. 14. C. de agricolis. (11. 47.)

und ähnlich behauptet er bei c. 51. de appellat., wenn Jemand nach eingelegter Appellation spoliirt werde, und Restitution verlange, so brauche er nur den Besitz zur Zeit der Appellation, nicht auch die Spoliation zu beweisen. Beide Behauptungen sind unbegründet, und namentlich wird die erstere durch die citirte Stelle nicht im entferntesten gerechtfertigt. Dennoch nahm sie die Theorie des XIV. Jahrhunderts nicht nur an, sondern verband sie sogar mit einander und übertrug sie auf die Klage aus dem c. Red. Der erste, von dem wir dieses wissen, ist Calderini [1]). In einem Consilium von Barbatia (IV. 23.) heißt es:

— et sic sentit (Innoc.) apertissime, quod non incumbat actori onus probandi, se injuste perdidisse possessionem, sed praesumitur, quod injuste amiserit eo ipso quod non probatur contrarium. Idem *Jo. Calderini* in c. 15. de rest. spol., ubi dicit, utilius agi ex c. Red. quam ex c. 18., quia ibi actor probare debet, quod possessor scienter successit in vitium, in c. Red. nonnisi possessionem se perdidisse; injustitia enim praesumitur, quia quilibet praesumitur diligens in facto suo. Ita voluit et Lapus abbas, et ita se dicit practicasse Cald.

Man nahm also im Resultate an, Jeder, der eine Sache einmal besessen habe, könne rein aus diesem Besitze ohne alles Weitere gegen jeden jetzigen Besitzer klagen, und die Restitution des Besitzes erlangen, sobald dieser ihm nicht beweisen könne, daß er den Besitz auf rechtmäßige Weise verloren habe. Man

1) Durantis thut es noch nicht. Er verlangt im Tit. de rest. spol. n. 13. noch bestimmt den Beweis der Spoliation.

sieht leicht, wie ganz exorbitant ein solches Klagerecht ist, und wie es den bequemsten Vorschub für die ärgsten Chicanen abgibt. Dennoch fand die Idee allgemeine Verbreitung. Einzelne, wie z. B. Oldradus und Zabarella [1]), wollten zwar die Präsumtion nicht weiter, als sie Innocenz aufgestellt hatte, zulassen, also für bloßen Besitz nur bei der revocatio attentatorum; allein bei weitem die meisten nahmen die Theorie und Praxis von Calderini an, so namentlich Baisio, Butrio, Ancharano, Panormitanus, Geminiano, Barbatia, Gauffredus [2]). Daß der Satz aber nicht bloß in den Büchern stand, sondern daß man ihn auch in der Praxis anwendete, und sich vor seinen Consequenzen nicht scheute, zeigen außer den citirten Consilien namentlich ein Paar Fälle in den Consilien von Decius (n. 57. und 302.). Eine Klageschrift enthielt nichts, als der Kläger habe eine Sache besessen, der Besitz sei aber sine facto et culpa ejus an den Beklagten gekommen, er verlange daher Restitution. Decius sagt darüber:

Ex quibus verbis intentatum videtur remedium c. Red., in quo satis est, probare de antiquiore possessione agentis, et possessionem postea ad conventum pervenisse, nisi probetur quod possessor antiquior juste possessionem amiserit.

Es kauft Jemand einen Acker von einem Andern, der ihn von einem Dritten gekauft zu haben behauptet. Der Sohn dieses Dritten klagt nach seines Vaters Tode gegen jenen Käufer aus dem c. Red., und dringt durch, weil er den frühern Besitz seines Vaters beweist, jener aber nicht beweisen kann,

1) Old. c. 199. Zab. c. 10.

2) *Bai.* in C. 3. qu. 1. Gr. *But.* in c. 18. cons. 62. *Anch.* in c. 18. cons. 42. *Pan.* in c. 15. de R. S. *Gem.* in c. Red. cons. 136. *Barb.* cons. IV. 23. *Gauf.* in c. 18.

daß der Vater den Acker verkauft habe. Decius sagt:

— non consideratur, an novus possessor habeat titulum, sed tantum an actor cecideret a sua possessione sine justa causa.

Daß man bei einer so rücksichtslosen Ausdehnung des Besitzesschutzes in den bisher beschriebenen Beziehungen auch in andern wenig Anstand genommen haben werde, vom Römischen Rechte abzuweichen, läßt sich im voraus annehmen, und findet sich denn auch bestätigt. So findet sich zunächst die Anwendung der Klage aus dem c. Red. auf bloße Detention, die Goffredus, der Glosse zum Decrete folgend, noch verwirft [1]), bereits bei Johannes de Deo und Durantis [2]) angenommen. Die Spätern gehen auf die Frage selten ein, wenn sie es thun, wie z. B. Andreä, Butrio [3]), folgen sie der Ansicht von Durantis. Auch die Rota Romana [4]) entschied sich dafür.

Ebenso wird die Anwendung der Klage auf Mobilien selten ausdrücklich besprochen, stets aber als sich von selbst verstehend vorausgesetzt [5]). Beispiele von einem „monachus spoliatus cappa sua," und von einem Abte, dem sein Bischof den Weinkeller ausgeleert hatte, kommen in den Consilien von Zabarella und Ancharano vor [6]).

Ueber die Einreden, die im allgemeinen oder in einzel-

1) In seiner Summa im Tit. de rest. spol. n. 2.

2) *Jo.*, cavillationes s. doctrina advocatorum. IV. 6. n. 52. ***Dur.***, spec. judic. tit. de pet. et poss. n. 12.

3) ***Andr.***, addit. ad Dur. spec. tit. de rest. spol. lit. k. ***But.*** com. in c. 18.

4) Decis. rotae, in antiqu. n. 56. de rest. spol.

5) So z. B. wenn Goffred in seiner Summa im Tit. de rest. spol. sagt: Spoliatio est rei immobilis dejectio, vel mobilis ablatio. — Generaliter restituendus est quilibet spoliatus.

6) ***Zab.*** c. 17. ***Anch.*** c. 258.

nen Fällen zulässig seien, wird viel hin und her gestritten, doch lohnt es nicht der Mühe, darauf einzugehen. Nur die der Verjährung kann nicht übergangen werden. Daß die einjährige Verjährung des interd. U. V. hier nicht stattfinde, war außer Zweifel. Ob aber wegen der Worte „quacunque conditione temporis“ im c. Red. nicht alle Verjährung vollständig ausgeschlossen, oder doch die 30jährige zulässig sei, war bestritten. Die communis opinio war indessen für die erstere Ansicht, und sie wurde auch von der Rota Romana angenommen [1]).

§. 28.

Die Vorläufer des Summariissimum.

Beim interdictum Uti Possidetis fallen in diese Zeit die ersten, man kann nicht sagen Anfänge, sondern nur Vorbereitungen des spätern Summariissimum. Sie haben auch eigentlich ihre Wurzel nicht im Boden des kirchlichen, sondern des weltlichen Rechtes, wie denn auch ihre spätere Ausbildung ganz ausschließlich auf dem Boden des weltlichen Rechtes vor sich gegangen ist. Indessen sind sie doch hier anzuführen, weil die ältesten Spuren und Angaben darüber sich bei den Canonisten dieser Zeit, Innocenz, Durantis und Andreä finden. Mit dem c. 9. X. de probat. stehen dieselben durchaus in keiner Verbindung. Dieses wurde in dieser Zeit von Anfang bis zuletzt durchaus nur in der oben §. 23 ausgeführten Weise aufgefaßt, daß nämlich das interd. U. P. an sich auf gegenwärtigem einfachem Besitze beruhe, daß aber bei gleichem Beweise der Parteien auch Alter und Titel des Besitzes mit

1) *Puteo*, decis. rotae Rom. I. 115., wo eine weitläufige Ausführung. Decis. rotae p. Cassador. de rest. spol. n. 4—6.

berücksichtigt werden [1]. Von der Idee, daß Alter und Titel an sich zur Begründung des Interdicts gehören, findet sich nur eine ganz vereinzelte zusammenhangslose Spur in der Glosse „titulum" zum c. 9, wo es heißt:

> Sed quare tenentur isti ostendere titulum, cum probent se possedisse? Propter hoc, dicunt quidam, quia, ubi possessor petit se non inquietari, debet probare titulum arg. c. 17. X. de praescript. Sed hoc non est verum; ad hoc enim valet assignare titulum, ut videatur habere potiora jura.

Mit dem Gegensatze von Ordinarium und Summarium, aus dem die Ansicht später von Neuem hervorgegangen ist, steht sie hier auch noch nicht in der entferntesten Verbindung.

Von jenen Vorbereitungen des Summarium findet sich nun die älteste unmittelbare Spur bei Innocenz, im Commentare zu c. 8. de probation. Die Stelle handelt von einem Antrage eines Erbschafts-Prätendenten auf Herausgabe von Erbschaftssachen und Schutz im Besitze derselben, und Innocenz macht dabei folgende Bemerkung: der Besitz der Erbschaftssachen gehe nicht ipso jure auf den Erben über, allein der Erbe könne sich privatim in den Besitz derselben setzen, und müsse dann gegen jeden andern Erbschafts-Prätendenten geschützt werden. Wenn aber mehrere Prätendenten wären, die entweder gleichmäßig schon zu besitzen behaupteten, oder zugleich Besitz ergreifen wollten, und Gewaltthätigkeiten zwischen ihnen zu fürchten wären („si ibi est timor armorum"), so müsse der Richter ihnen jede Besitzhandlung oder Besitzergreifung verbieten, und im erstern Falle „ex officio suo de plano et sine libello cognos-

1) Vgl. die Commentare zu der Stelle und Durantis Specul. judic. tit. de petitor. et possessor. n. 32. 33.

cere, quis possideat," im zweiten „cognoscere quis potiora habeat jura." Gestützt wird das erstere auf l. 13. §. 3. D. de usufructu [1]) und l. 7. §. 5. D. de liber. causa, aber dabei hinzugefügt:

Hoc dixit H. [2]), alii tamen dicunt, quod *ordinarie* tantum audiendi sunt super interdicto uti possidetis.

Hier ist also ein Unterschied von „ordinarie" und „de plano et sine libello cognoscere de interd. U. P." Das letztere soll bei Befürchtung von Gewaltthätigkeiten eintreten. Daß es aber summarisch und provisorisch sein soll, ist weder ausdrücklich gesagt, noch folgt es aus dem Gesagten; denn das Princip ist dabei nur, daß der Richter nicht wartet, bis eine der Parteien klagt, sondern daß er ex officio selber, ohne daß ein Libell bei ihm eingereicht ist, den Proceß einleitet [3]).

Der Zeit nach schon früher als diese Bemerkung von Innocenz, steht ein einzelner Fall, den Andreä in seinen Additionen zu Durantis erzählt [4]). Zur Zeit des Balduini († 1235) und Bagarotus († nach 1242) sei in Bologna zwischen einer Corporation und mehreren Adligen ein Streit über einen Wald gewesen. Beide Parteien hätten den Besitz daran behauptet,

1) „Si inter duos fructuarios sit controversia, aequissimum esse, quasi communi dividundo judicium dari. Cur enim ad arma et rixam procedere patiatur Praetor, quos potest sua jurisdictione componere?"

2) Ob damit Hugolinus oder Huguccio, oder sonst wer gemeint ist, läßt sich nicht entscheiden.

3) Auch noch eine andere Aeußerung von Innocenz ist später von Einfluß auf das Summariissimum gewesen. In c. 7. X. de institut. findet sich ein Beweisinterlocut in folgender Form: interlocuti sumus, diaconum esse in possessione — tuendum, donec probatum fuerit ex adverso, quod etc. Dieses faßt Innocenz so auf: pendente judicio super proprietate episcopus molestabat diaconum super possessione, unde Papa ex officio suo, quod habet locum in his, quae post litem contestatam accidunt, praecipit eum tuendum lite pendente.

4) Lib. 4. tit. de libelli concept. §. 9. XXII. n. 14.

keine hätte aber klagen wollen, sondern beide hätten sich gerüstet, um den Streit mit den Waffen auszumachen. Hier habe nun der rector civitatis beiden Theilen jeden Zutritt zu dem Walde verboten, und, da dennoch keiner förmliche Klage gegen den andern habe erheben wollen, ex officio beiden den Beweis ihres Besitzes auferlegt, und danach die Sache entschieden. Darüber sei dann zwischen Balduini und Bagarotus ein heftiger Streit über die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens entstanden.[1]) Balduini vertheidigte die Zulässigkeit, und muß dieses auch in einer seiner Schriften ausgeführt haben, woraus dann Andreä die ganze Geschichte entnommen hat. — Auch hier ist also ein außerordentliches Verfahren ex officio de plano et sine libello, allein auch hier ist keine Spur davon, daß dasselbe summarisch und provisorisch gewesen sei.

Die Stelle von Innocenz findet sich bei Hostiensis[2]) einfach abgeschrieben wieder. Durantis[3]) aber verbindet die Behauptung von Innocenz und Balduini, und stellt so unter ihrer vereinigten Auctorität, und unter Berufung auf l. 13. §. 3. de usufructu zuerst den feststehenden Rechtssatz hin:

> Ubi duo contendunt de possessione, et quilibet dicit se in solidum possidere, nec vult unus alteri libellum dare, quasi sustineat partes rei, judex potest ex officio eos citare, et cogere suam petitionem offerre; vel potest illud judicium possessorium sine libello determinare, recipiendo probationes utriusque partis, ut sciat, quis illorum subire debeat onera petitionis, et quis utatur commodo possessionis; ex

1) Roffred führt im ord. jud. tit. in quibus causis offeratur libellus diesen Fall unter den Ausnahmen noch nicht mit auf.

2) Im Commentar zu c. 8. X. de probation.

3) Specul. lib. 2. tit. de petitor. et possessor. §. 1. n. 38. Vgl. lib. 4. tit. de libell. concept. §. 9. n. 14.

officio enim suo debet partes cohibere, ne veniant ad arma et rixas.

Bei Durantis tritt nun aber sehr bestimmt hervor, daß das Verfahren zwar ein außerordentliches ist, aber weder summarisch noch provisorisch sein soll. Das letztere zeigt sich darin, daß durch dasselbe sogleich die Parteirollen für das Petitorium bestimmt werden sollen; das erstere folgt aus der allgemeinen Ansicht, die Durantis über das Verfahren de plano et sine libello hat. Er sagt darüber im Titel de officio omnis judicis, §. 7. n. 8.:

— intelligunt „de plano" sine magna disceptatione et summatim. Sed Jo. Faxioli [1]) non approbat, et intelligit „de plano" sine scriptura et libello, non servata solennitate strepitus judiciorum; non autem summatim proceditur, i. e. quod semiplena probatio sufficiat, ut in summariis.

Das Princip des außerordentlichen Verfahrens, welches sich hier gebildet hat, ist also noch nicht, daß, wenn bei einem Besitzstreite Gewaltthätigkeiten zu fürchten sind, zur Beseitigung derselben ein schnelles vorläufiges Verfahren neben oder vor dem Hauptverfahren stattfinden soll; sondern daß, wenn in einem solchen Falle die Parteien nicht selbst das ordentliche Verfahren anfangen, der Richter ex officio anstatt des ordentlichen Verfahrens ein außerordentliches einzuleiten hat.

Die spätere Weiterbildung dieses Princips ging, wie schon gesagt, nicht von der Canonistischen Theorie aus, und ist daher hier noch auszusetzen.

1) Vgl. *Faxiolus* de summaria cognitione, ed. *Briegleb.* p. 10.

§. 29.

Besitz der Rechte.

Die große Bedeutung, die die päpstlichen Decretalen für die Lehre vom Besitze der Rechte haben, wurde von der Wissenschaft sehr bald erkannt. Am deutlichsten tritt dieses bei Roffredus heror, dessen Libelli super jure pontificio wenige Jahre nach der Abfassung des Liber X. geschrieben sind. Roffred war früher Romanist, und hatte als solcher, wie oben gezeigt ist, in seinem Ordo judiciarius die Anwendung der Römischen Besitzklagen auf andere Rechte als Servituten eigentlich ganz verworfen, oder wenigstens nur in einem sehr beschränkten Umfange zugelassen. Später, nachdem er aus den Diensten des Kaisers in die des Papstes übergetreten war, studirte er auch das Canonische Recht, und behandelte nun die Frage in seinen Libelli super jure pontificio von Neuem. Hier nimmt er nun einen ganz andern Standpunkt ein, und erklärt ausdrücklich, daß nach Canonischem Rechte alle die Zweifel und Gegengründe, die beim Römischen Rechte stattfänden, geradezu wegfielen. Er hat am Schlusse des fünften Buches einen eigenen Titel:

> Qualiter quis debeat agere, quando jure Canonico dicit se spoliatum.

In Betreff des Sachenbesitzes verweist er darin auf das Römische Recht, in Betreff des Besitzes der Rechte aber sagt er in der Einleitung:

> Quia quis aliquando spoliatur possessione vel quasi jurium, de quo plena notitia juris civilis non habetur, sed bene discutitur jure canonico, ideo de hac materia videamus; nam jure civili fuit quaesitum, an posset quis juribus spoliari, et non videtur. Jure tamen canonico, secundum quod de aequitate, et non de subtili juris rigore proceditur, quis

dicitur spoliari juribus vel quasi spoliari, ut competat restitutio vel quasi.

und am Schlusse fügt er noch die Bemerkung hinzu:

Ideo de istis feci mentionem, ut sciant legistae, non fieri jurium restitutionem quoad possessionem ex natura interdicti unde vi, sed beneficio canonum.

Aehnliche Aeußerungen finden sich auch bei Innocenz und Hostiensis [1]). Eigenthümlich ist die Darstellung von Durantis. Dieser behandelt die Lehre ziemlich ausführlich [2]), allein seine ganze Ausführung ist nichts anderes als eine fast wörtliche Abschrift von Roffred's Darstellung mit Hinzuziehung einiger Stellen von Innocenz und Pillius. Dabei begeht er aber die unglaubliche Geistlosigkeit, daß er die beiden Werke von Roffred über Römisches und Canonisches Recht gleichmäßig neben einander abschreibt, und zwar nicht in historischem Verhältnisse zu einander, sondern in einfach dogmatischer Verbindung. So kommt es, daß er auf der einen Seite die Besitzklagen bei Rechten, namentlich bei Reallasten und bei der Ehe, mit derselben Zweifellosigkeit und Unbeschränktheit zuläßt, wie Roffred in seinem spätern Werke, und dann doch dicht daneben nicht nur alle die frühern Zweifel Roffred's an der Zulässigkeit solcher Klagen aufführt, sondern selbst die Beschränkungen, unter denen sie Roffred früher zugelassen hatte, wiederholt. Die directen Widersprüche, zu denen dieses natürlich im Einzelnen führen mußte, vermeidet er dann dadurch, daß er nach den zufällig bei Roffred und im Canonischen Rechte vorkommenden Beispielen unterscheidet, also bei servitia und census nach Roffred's früherer

1) Bei beiden im Commentar zu c. 24. de election.

2) Specul. judic. lib. 4. tit. de rest. spol. §. 1. de causa possess. n. 11—17. de censibus, n. 1. de decimis, n. 7—9. de sponsalibus, §. 4. n. 3.

Ansicht wirkliches Recht oder Präsumtion desselben wegen zehnjähriger Ausübung zur Besitzklage verlangt, bei annuae pensiones nach c. 24. de election. einfache Ausübung genügen läßt, und ebenso bei Jurisdiction, Ehe u. a. [1]). Auf die Theorie der spätern Canonisten hat dieses indessen keinen Einfluß gehabt. Diese stehen sämmtlich einfach auf dem Standpunkte der Decretalen, und sehen die Römische Besitzlehre einfach als durch diese erweitert an.

Was die Behandlung der Lehre selbst betrifft, so ist von Untersuchungen über die allgemeinen Fragen, Natur und Umfang des Besitzes der Rechte u. dergl. keine Rede. Die Behandlung im Einzelnen zeigt aber, daß man im Ganzen den Standpunkt beibehielt, den das bisherige Recht gehabt hatte, der von der ältern Praxis und Theorie eingenommen war, und durch die Decretalen seine weitere gesetzliche Ausbildung erhalten hatte. Es tritt das bei allen Hauptfragen der Lehre deutlich hervor.

So wird zunächst in Betreff des Umfanges des Besitzes der Rechte, abgesehen von andern weniger zweifelhaften Fällen bei der Ehe, der Besitz ganz allgemein und ausnahmslos angenommen. Nirgends, weder bei Roffred und Innocenz noch bei den spätern, ist auch nur die geringste Spur eines Zweifels an der Zulässigkeit der Annahme desselben, und in den Consiliensammlungen finden sich eine Menge Fälle der praktischen Anwendung der Besitzklagen bei der Ehe, so z. B. in den Consilien von Geminiano, Barbatia, Felinus, Fulgosius, Ferretti, und namentlich in den von Ziletti gesammelten consilia matrimonialia [2]). Große Klarheit über die

1) Dunker (Zeitsch. f. Deut. Recht. B. 2. S. 100. 101.) hat sich hierdurch zu der Annahme verleiten lassen, daß man zu Durantis Zeit noch keine wesentliche Neuerungen für den Besitzesschutz bei Rechten angenommen, sondern diesen noch ganz auf das Römische Recht gestützt habe.

2) *Gemin.* cons. 24. *Barb.* c. II. 9. *Fel.* c. 49. *Ful.* c. I. *Fer.* c. I. 205. *Zil.* c. 81. Ein Formular für das Klagelibell bei einer solchen Klage

Natur des Ehebesitzes herrscht dabei freilich keineswegeß. So ist es z. B. fast ganz allgemein, den Ehebesitz nicht als possessio juris conjugalis aufzufassen, wie es Einzelne, namentlich Innocenz[1]), allerdings thun, sondern als possessio conjugis ex causa matrimonii. Roffred z. B. beweist die Unanwendbarkeit des interdictum Unde vi auf den Ehebesitz damit, daß er sagt[2]):

Illud locum habet, quotiens pro re immobili restitutio petitur, uxor autem non est res immobilis sed potius mobilis vel se movens.

und Imola sagt geradezu[3]):

— Liber homo non potest possideri nisi ex causa a jure permissa, prout ex causa matrimoniali.

Noch unklarer war man bei der Behandlung der Besitzklage. Das oben gerügte Mißverständniß des c. 8 und 14, wonach legitime Sponsalien zur Begründung der Besitzklage nöthig sind, fing schon sehr früh an. Schon die Glosse sagt bei c. 8 zu den Worten „et ab eo", zum Besitze bei der Ehe sei wirkliches Eherecht erforderlich, sie will daher das possessorium bei der Ehe ganz von den übrigen trennen, und vergleicht es dem

giebt Roffred im Tit. Qualiter debeat maritus petere uxorem. Es lautet: Coram vobis etc. proponit T., quod cum ipse cum Berta matrimonium contraxisset, et ipsa multo tempore cohabitavit eidem etc., nunc ab ipso propria temeritate divertit, et ipsum possessione uxorali temere spoliavit, quare petit uxorem suam sibi restitui possessorium intentando. Andere Formulare stehen bei *Bonaguida*, summa super officio advocationis in foro ecclesiae. II. 7. (Zuerst herausgegeben von Wunderlich in seinen Anecdota quae ad processum civ. spectant. p. 121 sqq.)

1) Im Comment. zu c. 14. de rest. spol. n. 6.

2) Im Tit. Qualiter debeat maritus petere uxorem.

3) Comment. zu c. 8. de rest. spol. Aehnlich Bonaguida a. a. O. *Zabarella* in c. 10. eod. *Geminiano*, cons. 24. u. andere. Die Glosse zu c. 8. cit. sagt mit Anspielung auf l. 23. §. 1. de poss.: „hic est talis possessio, quod, qui possidet, possidetur."

interdictum de itinere reficiendo, bei welchem man auch nicht nur den Besitz, sondern auch das Recht der Servitut beweisen müsse. Es ist dies um so auffallender, weil sie dicht daneben bei dem Worte „legitime“ den Unterschied zwischen dem possessorium und petitorium, daß bei diesem die Nullitätsgründe geltend gemacht werden können, bei jenem nicht, ausdrücklich hervorhebt. Dennoch wurde die Bemerkung, die, wenn sie richtig gewesen wäre, eigentlich die ganze Idee des Ehebesitzes aufgehoben hätte, von Hostiensis, Imola u. a. gedankenlos nachgeschrieben. Andere wie z. B. Ancharano und Anania fassen das Erforderniß der Sponsalien als Erforderniß eines „titulus prima facie justus“ auf. Den richtigsten Blick hatte auch hier Innocenz[1]). Er verwirft das Erforderniß des wirklichen Eherechtes, und sagt, das bloße eheliche Zusammenleben, selbst die gegenseitige Benennung als Ehegatten, können an sich zur Begründung des Besitzes nicht genügen, da dieses alles ebenso auch beim Concubinate sein könne; es müsse ein wirklicher animus conjugalis dabei sein, und eben darauf beruhe das Erforderniß der Sponsalien[2]). Ganz allgemein leitete man übrigens aus c. 8. cit. außer dem Erfordernisse der Sponsalien auch noch das der copula carnalis ab, jedoch in verschiedener Weise. Manche, wie z. B. Innocenz, wollten ohne diese gar keinen Ehebesitz zulassen, andere, wie z. B. Andreä, nahmen eine eigene possessio copulae carnalis gewissermaßen als einen höhern Grad des Besitzes an. Für die copula carnalis verlangte man aber volle Consummation, weshalb z. B.

1) Comment. zu c. 14. de rest. spol. Vgl. c. 8. 10. 13. eod.

2) Er sagt: in actibus matrimonialibus nulla forma vel actus sunt deputata matrimonio, quae non aeque bene competant adulterio, nisi sit consensus matrimonialis vel sponsalia, nec valet si dicat, quod vocabat eam uxorem, quia saepe adulteri, ut cooperiant peccatum, vocant se conjuges.

Geminiano in dem oben citirten Consilium die Restitution in einem Falle verweigert, wo ein Minderjähriger ein Mädchen geheirathet hatte, aber „licet pluries tentaverat, tamen corrumpere eam non potuit propter defectum aetatis.

Mehr Streit war bei Obligationen über den Umfang, in welchem der Besitz hier angenommen werden könnte. Bei dinglich radicirten Obligationen war zwar kein Zweifel über die Annahme [1]). Ob aber auch bei rein persönlichen Obligationen Besitz stattfinden könne, war Gegenstand einer Hauptcontroverse, wenigstens vom dreizehnten Jahrhunderte an, denn die frühern berühren die Frage gar nicht. Die bedeutendern Canonisten verwerfen den Besitz hier, so namentlich Andreä, Zabarella, Panormitanus [2]), Ancharano, Barbatia [3]), aber freilich ohne eigentlich recht zu wissen warum. Ihre Gründe sind wenigstens äußerst schwach. Sie führen an, daß das Römische Recht keinen Besitz dabei habe, daß auch das c. 24. X. de election. nur von einem census ex re spreche, daß ohne petitorium kein possessorium, daß man eine freie Person nicht besitzen könne u. dergl. Solche Gründe überzeugten natürlich nicht, und so kann es nicht auffallen, daß sich eine bedeutende Gegenpartei bildete, wozu namentlich Butrio, Felinus, Imola, Aretinus, Anania, Gauffredus gehören [4]). Indessen hatten doch auch manche von diesen wenigstens ein Gefühl der Unzuläſſigkeit ihrer Annahme, und be-

1) Darauf scheint auch eine Entscheidung der Rota Romana zu beruhen, wodurch der praecentor einer Kirche in dem Besitze des Rechts geschützt wurde, bei allen Begräbnissen in der Stadt die Reste der gebrauchten Lichter für sich hinnehmen zu dürfen. Dec. Rot. Rom. coll. p. Bern. de Bisgneto, ed. p. do. de Molendino, de rest. spol. n. 13.

2) In den Comment. zu c. 24. de election. und c. 5. de censibus.

3) *Anch.* c. 386. *Bar.* c. II. 8.

4) Alle in ihren Commentaren zu den oben genannten c. 24. u. c. 5.

haupteten daher weniger eigentlichen Besitz solcher Obligationen, als nur einen gewissen besitzähnlichen „status percipiendi," indem sie die Worte des c. 24: „reducere in statum percipiendi" auf diesen Begriff bezogen. So sagt namentlich Butrio, dessen Worte später oft nachgeschrieben sind:

— etiam in jure debiti personalis est dare quasi possessionem, quamquam impropriam, sc. quando habet multiplices praestationes. Proprie loquendo non est possessio vel quasi possessio, quia in illo non cadit possessio, sed bene inprimitur status quidam, cujus respectu eo quod innovatur potest agi possessorio, ut status integretur, et hoc aperte voluit c. 24.

Daß diese letztere Ansicht in der Canonischen Praxis die herrschende geworden sei, wird von den spätern Schriftstellern vielfach gesagt [1]), doch stellt es Zabarella in Abrede, indem er bei c. 5. cit. sagt:

— dicit Cynus, quod in foro canonistarum servetur possessorium etiam in personalibus praestationibus, sed ubi colligit hoc, non apparet.

Die Klagen, die man für den Schutz des Besitzes der Rechte gebrauchte, waren auf der einen Seite das interdictum Uti possidetis utile, auf der andern entweder gleichfalls das interdictum Unde vi utile, oder Condictionen (directae oder utiles) aus den betreffenden einzelnen Decretalen, oder die Klage aus dem c. Red. [2]). Die letztere spielt hier zwar eine geringere

1) So z. B. von *Joh. Faber* in §. 13. J. de interd. *Ripa* in l. 1. quor. bon. *Angel. Perus.* in l. 28. C. de pactis. *Cravetta*, cons. 140.

2) Innocenz z. B. sagt bei c. 24. de election.: habes argumentum, quod interd. U. V. competit pro juribus incorporalibus subtractis. Sed arg. contra, quod datur nisi pro rebus soli. Ad hoc respondeo: directum interd. U. V. non competere, sed condictionem ex hac decretali et ex c. 3. X. 2. 12. Sed quid dices de aliis juribus denegatis, de quibus non

Rolle, indessen fehlt sie auch hier keineswegs ganz. Roffred z. B. wendet sie sogar beim Ehebesitze an, wie es denn überhaupt allgemeines Princip war, daß, wie Butrio in einem Consilium (n. 62.) sagt:

— quando omnia deficiunt, non cessat remedium ex c. Red. competens pro qualibet non juridica privatione.

In Betreff der speciellern Ausführung dieser Klagerechte mag hier nur noch die Bemerkung Platz finden, daß beim possessorium restitutorium von dem Erfordernisse der Gewalt zu seiner Begründung durchaus nirgends die Rede ist, daß daher namentlich die spoliatio per judicem ganz allgemein angenommen wird, und daß bei Reallasten die Verweigerung der Zahlung stets als Spoliation aufgefaßt wird. Das letztere namentlich findet sich sowohl bei den frühern, wie Roffred, Innocenz, Bonaguida, Hostiensis, Durantis, als den spätern, wie Andreä, Bellameria, Butrio, Ancharano, Zabarella, Barbatia, Panormitanus[1]) u. a. Begründet wird der Satz stets einfach durch die Berufung auf c. 24. de election. und durch die natürliche Consequenz, daß wenn der Besitz auf der in der Zahlung liegenden Anerkennung des Rechts vom Pflichtigen beruhe, er auch mit dessen Verweigerung der fernern Zahlung aufhören müsse[2]). Es ist darüber

loquuntur decretales? numquid utilis condictio ex hac decr. extenditur ad alia? Respondeo idem, vel potest dici, competere utile U. V., vel officium judicis.

1) Bei Roffred und Durantis an den oben citirten Stellen bei Bonaguida in der summa cit. II, 24., bei den andern in den Comment. zu c. 24. de election. und c. 5. de censibus. *Barb.* cons. II. 8. *Anchar.* cons. 386. Decis. Rot. Rom. antiqu. n. 11.

2) Butrio drückt dieses in seinem barbarischen Latein so aus: Per denegationem solutionis debiti privatur existens in quasi possessione debiti, quia, cum quasi possessio habeatur per pati, surgens ex praestatione, statim cum pati denegatur, cessat possessio, et dicitur possessione privatus tenens.

auch nicht der geringste Streit. Zwar macht Innocenz die Bemerkung:

Quidam dixerunt, in hujusmodi denegationibus oriri interdictum Uti possidetis, quum potius videatur vis turbativa, quam expulsiva arg. l. 3. §. 1—3. Uti possid.

allein er selbst verwirft diese Ansicht schlechthin, und bei den späteren wird sie gar nicht mehr berührt. Erst bei den Romanisten taucht sie von neuem, jedoch in veränderter Weise auf.

Vierter Abschnitt.

Das weltliche Recht in Italien von den Glossatoren bis zum Schlusse des Mittelalters.

§. 30.

Einleitung.

Es ist jetzt der oben abgerissene Faden der Geschichte der Romanistischen Doctrin und der weltlichen Praxis in Italien wieder anzuknüpfen und bis zum Schlusse des Mittelalters fortzuführen. Das Interesse, welches diese Zeit gewährt, ist ein ganz eigenthümliches. Von wissenschaftlichen, eigentlichen Fortschritten über den Standpunkt der Glossatoren hinaus ist kaum die Rede. Wiederholungen, Bearbeitungen, Modificationen der Ansichten der Glossatoren sind ziemlich das Einzige, was die Wissenschaft hervorzubringen vermag. Desto wichtiger ist aber die praktische Bedeutung der Zeit. Zunächst wird jetzt das Canonische Recht in die weltliche Praxis aufgenommen, und zwar ganz in der Gestalt, die es in der Canonistischen Theorie und Praxis erhalten hatte; dann wird das Summariissimum ausgebildet, und damit der Kreis der Erweiterungen des Römischen Besitzrechtes, die das Canonische Recht angefangen hatte, zum Abschlusse gebracht. Die neue Gestaltung des Besitzesschutzes ist damit vollendet. Denn die spätere Zeit sowohl in Italien als in den übrigen Ländern des Römischen

Rechts hat an der Gestalt, die das Besitzrecht hier bekam, und in der es in jene Länder überging, zwar wohl in der Form noch manches geändert, auch einzelnes wieder weggethan, wesentlich neues hinzugefügt dagegen durchaus nichts mehr.

Daß man unter diesen Umständen vom Standpunkte der reinen Römischen Rechtslehre aus diese Zeit gerade nicht mit sehr günstigen Augen ansieht, sondern harten Tadel über sie ergehen läßt, und in dem Verfalle und der Geistlosigkeit ihrer Wissenschaft den einzigen Grund zu jenen Abweichungen vom Römischen Rechte sieht, ist sehr natürlich. Wenn man sich indessen unbefangen in den Geist und die Geschichte jener Zeit versetzt, wird man dieses harte Urtheil doch wohl etwas mildern müssen. Will man die Bedeutung des Besitzesschutzes in jener Zeit gehörig würdigen, so darf man sie nicht vom Standpunkte der heutigen Zeit aus beurtheilen. In einer Zeit, wie die heutige, wo Ruhe und Ordnung in den Staaten herrscht, und die Rechtspflege ihren sichern, wenn auch mäßig raschen, Gang geht, hat der Schutz des Besitzes neben dem des Rechtes keine so sehr große Bedeutung. Ganz entbehrt werden kann er natürlich auch hier nicht, allein eine bedeutende Ausdehnung desselben kann hier der Vermehrung der Processe wegen leichter nachtheilig als wünschenswerth erscheinen. Ganz anders in Zeiten, wo Eigenmacht und Gewaltthätigkeiten an der Tagesordnung sind, wo der Gang der Rechtspflege unsicher ist und leicht gestört und verzögert werden kann, wo also die ohnehin langwierigen petitorischen Processe leicht ins Unendliche hin verschleppt, und durch gewaltsame Zerstörung der Beweismittel leicht ganz vereitelt werden können. Hier ist eine weite Ausdehnung des Besitzesschutzes eine wahre Wohlthat, und ein eigentliches Bedürfniß sowohl für das Interesse der Einzelnen, als für das öffentliche Interesse des Staates. Dem Einzelnen

kann dadurch der Mangel eines genügenden Schutzes für das Recht vielfach indirect ersetzt werden, und der Staat erreicht dadurch das, was ihm von seinem Standpunkte aus der nächste Zweck bei der Rechtspflege ist, nämlich die formell rechtliche Ordnung der Lebensverhältnisse, am leichtesten. Die letztere Beziehung wird namentlich einmal von Göthe in seiner Lebensbeschreibung, da wo er die frühere Thätigkeit des Reichs-Kammer-Gerichts beschreibt [1]), sehr anschaulich geschildert, indem er sagt:

— „frisch arbeiten sie weg, was über den Augenblick entscheidet. Die Sachen von schwererem Gehalt hingegen, die eigentlichen Rechtshändel, blieben im Rückstand, und es war kein Unglück. Dem Staate liegt nur daran, daß der Besitz gewiß und sicher sei; ob man mit Recht besitze, kann ihn weniger kümmern. Gegen Leute, die Gewalt brauchten, war vorgesehen; die übrigen, die rechtlich um den Besitz stritten, sie lebten, genossen oder darbten, wie sie konnten; sie starben, verdarben, verglichen sich; das alles war aber nur Heil und Unheil einzelner Familien, das Reich ward nach und nach beruhigt."

Es ist das zwar ein etwas formeller Standpunkt, allein für gewisse Zeitverhältnisse doch der natürlich vorherrschende, nur versteht es sich von selbst, daß, wenn er wirklich ersprießlich sein soll, der Besitzesschutz nothwendig eine ziemlich freie und weite Ausdehnung haben muß.

Daß nun aber Italien vom XIII. bis zum XVI. Jahrhunderte in einem Zustande lebte, wo diese Gründe zur Ausdehnung des Besitzesschutzes in einem Grade vorhanden waren, der sich nicht leicht noch viel gesteigert denken läßt, ist bekannt.

1) Werke, Ausg. in 40 Bänden, B. 22. S. 95—96.

Und wie sehr durch diesen politischen Zustand die Wichtigkeit der Besitzprocesse gehoben wurde, zeigen nicht nur die vielen Besitzprocesse selbst, die man in allen Consiliensammlungen jener Zeit findet, sondern auch die ausdrücklichen Aeußerungen der juristischen Schriftsteller, so z. B. die Klagen, mit denen Petrus de Ferrariis in seiner berühmten und viel gebrauchten Practica, aus dem Anfange des XV. Jahrhunderts, den Abschnitt über den Schutz des Besitzes schließt:

> Habes perfectam materiam turbatae possessionis, quae perquam frequens sit modernis temporibus angustiatur spiritus referre et audire. Videmus enim persaepe turbari statum imperii, regum, ducum, marchionum et comitum, statumque civitatum, provinciarum, nobilium, mediorum, et inferiorum; quarum quidem turbationum materia et causa principalis est triplex, videlicet superbia, invidia, avaritia; quae vitia compescere habet constans justitia, si virtus ejus locum haberet in principum curia seu aula, sed proh dolor! exulavit a patria!

Bei solchen Zuständen war das Streben nach einer Ausdehnung des Besitzesschutzes über die Gränzen des Römischen Rechtes hinaus höchst natürlich. Die Gesetzgebung hatte es eben so gut als die Praxis. Außer der kirchlichen Gesetzgebung zeigt dieses namentlich ein Gesetz von Kaiser Friedrich II. für Neapel und Sicilien [1]), wodurch die wichtige Beschränkung des Römischen Rechtes, daß der Dejicirte nur gegen den Dejicienten klagen kann, vollständig aufgehoben, und die Haftung des dritten Besitzers allgemein eingeführt wurde. Das Gesetz geht weiter als das c. 18. X. de rest. spol. von Innocenz III., indem es ausdrücklich bestimmt, daß der Dritte haften soll,

1) Constitutiones regni Siciliae. I. 26.

„sive sciens sive ignorans fuerit." Indessen schließt es sich doch insofern enge an jenes an, als es denselben Grund wie jenes, nämlich die Leichtigkeit des Verlustes des Eigenthums wegen der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises, und zwar selbst mit Anklängen in der Wortfassung zu Grunde legt. Es lautet nämlich im Eingange und Schlusse:

— quodam *juris rigore* circa destitutores violentos inducto, — imperiali providentia lenire, atque ipsius juris defectum congruo et necessario supplemento supplere volentes, disponimus, etc. — *Saepe* enim *contingebat*, ut qui a possessione cadebat, dum vel probationes de dominio non habebat, vel cum dejector erat forsitan non solvendo, omni remedio se inveniebat exclusum [1]).

Wenn die Gesetzgebung selbst auf diese Weise in einem Hauptpunkte sich wiederholt über den rigor juris civilis beklagt und ihn abändert, in einer Zeit, die doch sonst an eigentlichen Gesetzen nicht überreich ist, so wird man gewiß annehmen dürfen, daß hier im Geiste und den Verhältnissen der Zeit selbst ein Bedürfniß gelegen habe, durch welches diese Erscheinungen hervorgerufen sind. Und wenn daher die Praxis diese Richtung theilt, und deshalb diejenigen Ansichten der Theorie, die mit dieser Richtung übereinstimmen, am leichtesten Eingang bei ihr finden, auch wenn sie in den Gesetzen sich nicht begründen lassen, so wird man gleichfalls bestimmt mehr in jener allgemeinen Zeitrichtung, als in der Ungründlichkeit der Wissenschaft den eigentlichen Grund auch dieser Erscheinung zu sehen haben. Daß man, wie Savigny sagt, „das Römische Recht des Besitzes nicht hinreichend verstanden, daher in vielen Fällen ein Klagerecht vermißt habe, in welchen eine vollständige Einsicht

1) In dem c. 18. heißt es im Eingange: Saepe contingit, quod spoliatus etc., und nachher: unde non obstante juris rigore sancimus etc.

in das Römische Recht ein solches dargeboten hätte, und deshalb neue Rechtsmittel ausgesonnen habe, um sich dadurch der mühsamen Kenntniß des Römischen Rechts zu überheben," ist nicht richtig. Allerdings hatte man manche Irrthümer über das Römische Recht, allein diese bestanden viel mehr darin, daß man dasselbe zu weit, als daß man es zu eng auffaßte, und gerade in den Hauptpunkten beklagte man sich mit vollem klarem Bewußtsein über den rigor juris civilis. Allerdings beruhen viele der Erweiterungen auf falschen Interpretationen, allein es ist ja auch das einzige Mittel der Praxis, wenn die Gesetzgebung ihren Bedürfnissen nicht entspricht, selbst in die Gesetze hinein zu legen, was sie aus ihnen nicht heraus bringen kann, und hier wurde überdies bei manchen Punkten, namentlich der Klage aus dem can. Redint., die falsche Interpretation, wie oben gezeigt ist, durch den Zustand der Quellen fast unvermeidlich gemacht. Somit wird eine unbefangene historische Auffassung der ganzen Zeit, obgleich sie es natürlich nicht auf sich nehmen kann, alles Einzelne darin zu rechtfertigen, doch im allgemeinen nicht umhin können, ein milderes Urtheil über dieselbe zu fällen. Man muß dem Rechtsleben der Völker auch in seinen minder glänzenden Gestaltungen Gerechtigkeit widerfahren lassen.

Man hat bei der ganzen Frage vielfach auch auf den Einfluß des ältern Germanischen Rechtes ein großes Gewicht legen wollen. Beim Besitze der Rechte fand ein solcher Einfluß bis auf einen gewissen Grad auch unzweifelhaft statt, im übrigen beruht die Behauptung aber lediglich einerseits auf Unkenntniß des Rechtes jener Zeit und seiner Entstehung, andererseits auf falscher Auffassung des ältern Germanischen Rechtes. Der Beweis und die nähere Ausführung hiervon wird sich bei der Darstellung des Germanischen Rechtes von selbst ergeben.

§. 31.

Begriff des Besitzes.

Die Unselbstständigkeit und Inproductivität der Theorie dieser Zeit zeigt sich namentlich bei den allgemeinen Bestimmungen über den Begriff des Besitzes. Hier sind es fast ausschließlich die Ideen der Glossatoren, in denen man sich herumtreibt. So werden zunächst die beiden Definitionen des Besitzes von Bassian und Azo, detentio und jus detinendi, stets von neuem wiederholt, verglichen und mit unüberwindlicher Breite discutirt. Es wird damit der Grund zu der Controverse, ob der Besitz Recht oder Thatsache sei, gelegt, allein der Streit wird auf eine höchst unersprießliche Weise geführt. Man stellt alle möglichen einzelnen Beziehungen, in denen die factische oder rechtliche Natur des Besitzes hervortreten soll, zusammen, hat aber von dem eigentlichen Kerne der Frage noch keine Ahnung [1]). Da man auf diese Weise von beiden Seiten unzweifelhafte Wahrheiten vorbringen konnte, so suchte Dinus beide Ansichten zu vereinigen und fand damit viel Beifall. Er sagt:

> Jo. (Bass.) definit possessionem prout in esse producta est, Azo prout in esse producitur. Nam possessio in ipso actu producendi non est jus sed factum, et requiritur corpus et animus.

Jacob de Ravanis sucht dieses durch folgenden Vergleich noch anschaulicher zu machen:

> — sicut ex contractu, qui est facti, resultat obligatio, quae est juris, ita ex apprehensione, quae est facti, resultat possessio, quae juris est [2]).

1) S. z. B. die Commentare von Odofredus, Alb. de Rosate, Bartolus zu l. 1. pr. de poss. Cinus zu l. 4. C. de poss. u. a.

2) Beide Stellen sind von Bartolus bei l. 1. pr. de poss. citirt.

Nicht viel mehr Geist verschwendete man bei der Unterscheidung des Civil- und Naturalbesitzes. Auch hier sind es die beiden Ansichten von Bassian und Azo über die Einheit und Zweiheit des Besitzes, um die sich fast alles dreht, und sehr bezeichnender Weise fand gerade Bassian's Ansicht, daß es zwei Besitze gebe, den meisten Anklang [1]), so daß Salicetus von ihr sagt [2]):

— est communis opinio, et consuetudine probata, et maxime in practica observatur.

Ein Hauptgrund ist immer, Bassian's Ansicht sei sicherer. So sagt z. B. Petrus Jacobi, ein Ultramontane, von ihr: [3])

— videtur grossior, et tamen est tutior — quia opinio domini Azonis non est ita clara, et habet intricare intellectum circa possessionem nunc acquirendam nunc amittendam.

Einzelne abweichende Ansichten kommen allerdings auch vor. So bestimmen die Ultramontanen Petrus de Bellapertica und Odo [4]) den Unterschied:

— civiliter possidet qui ex causa civili possidet, naturaliter qui ex naturali acquisitione.

und Wilhelm de Cuneo [5]) stellt die alte Ansicht von Irnerius, daß der Unterschied dem von pro suo und pro alieno gleichstehe, wieder auf, jedoch modificirt, und wie es scheint

1) Sie findet sich namentlich bei Odofredus, Dinus, Rosate, Cinus, Baldus u. a. Besonders ausführlich ist die Frage von Dinus behandelt in seinem Commentare zum Titel de R. J. des lib. VI. reg. 3. Er wird deshalb später besonders viel citirt.

2) Im Comment. zu l. 9. C. de poss.

3) Practica libellorum, rub. 23. n. 29. rub. 155. n. 4.

4) Der erste im Comment. zu l. 1. §. 9. de vi. Der zweite in der Summa de interdictis, tit. de vi. Daß diese hier mit den Italiänern zusammengenommen werden, bedarf wohl keiner besondern Rechtfertigung.

5) Im Comment. zu l. 4. C. de possess. n. 6—14.

selbstständig. In Italien fängt man an, den Unterschied auf die Wirkungen des Besitzes zu beziehen, aber auf eine höchst ungeschickte Weise. Die erste Spur findet sich bei Jacob de Ravanis und Butrigarius [1]). Diese wollen die Ansichten von Bassian und Azo so vereinigen: wenn der Civil- und Naturalbesitz bei einem sei, so sei auch nur ein Besitz da, wenn er aber unter zweien, z. B. dem Eigenthümer und dem Usufructuar, getheilt sei, so müsse man der verschiedenen Wirkungen wegen auch zwei Besitze annehmen. Entschiedener, aber nicht glücklicher trat Bartolus [2]) gegen die alte Lehre auf. Er bezieht den Unterschied lediglich auf die Wirkungen und definirt daher:

Possessio civ. est jus insistendi rei, aptum producere civiles effectus respectu dominii.

Possessio nat. est jus insistendi rei, aptum producere civiles effectus respectu juris a dominio separati et naturalium accessionum.

Mit dem jus a dom. separ. meint er die dinglichen Rechte, mit den natur. access. die Früchte, und eben deshalb, weil die dinglich Berechtigten die Früchte erwerben, soll ihr Besitz naturalis heißen. Natürlich hat er dabei noch einen dritten Besitz nöthig, gerade die Hauptsache, nämlich die:

— possessio producens effectum retentionis et recuperationis.

Er nennt ihn p. corporalis. Trotz seines großen Ansehens konnte er mit dieser eben so sinnlosen als quellenwidrigen Ansicht nicht durchdringen; Baldus verwarf sie, Salicetus nennt sie truffa, und Ripa sagt von ihr: communiter dam-

1) Der letztere im Comment. zu l. 4. C. de poss., den ersten citirt Rosate bei l. 1. D. de poss.

2) Im Comment. zu l. 1. pr. de poss. n. 7—12.

natur [1]). Somit behielten Bassian und Azo die Herrschaft. Noch Alciat hatte anfangs Azo's Ansicht; später bezog er den Unterschied auf die gesetzliche Anerkennung des Besitzes, ob sie im jus civile oder nur im jus naturale stattfinde [2]).

Die Lehre vom animus possidendi und dem abgeleiteten Besitze wird gar nicht weiter gefördert, die Ansichten über Civil- und Naturalbesitz hinderten hier jeden Fortschritt. Dagegen wird die Ausscheidung der bloßen Detention in fremden Namen vom eigentlichen Besitze und in Folge davon ihre Ausschließung von den Interdicten durchaus festgehalten, selbst noch in den spätern Consilien von Corneus, den Socinen [3]) u. a. Eben so fest setzte sich aber die schon von der Glosse aufgestellte Ansicht, daß der Richter vermöge seines allgemeinen officium judicis doch auch dem bloßen Dententor eine Restitution zuerkennen könne [4]). Die Beziehung des can. Red. auf diese Frage drang jedoch nicht durch [5]). Alciat verwarf die ganze Annahme, indem er geltend machte:

— nulla subest ratio, cur, quod interdicto U. V. nobis vetuit praetor, indistincte concedamus officio judicis [6]).

Indessen drang er damit nicht durch, da noch Menochi erklärt, Alciat möge zwar Recht haben,

1) Baldus bei l. 4. C. de poss., die beiden andern bei l. 1. pr. de possess.

2) Seine ältere Ansicht steht im Comment. zu l. 115. de V. S., die spätere im Comment. zu l. 1. §. 1. de poss. und zu l. 5. fin. regund. n. 47—53.

3) *Corn.* cons. I, 91. n. 32. III. 137. *Mar. Soc. sen.* I. 18. *jun.* III. 35.

4) S. z. B. *Rosate* in l. 1. §. 44. 45. de vi, *Bartol.* in l. 15. de poss., *Baldus* in l. 3. C. de locato; *Angel. Aret.* in l. 1. §. 9. de vi, *Luc. de Penna* in l. 14. C. de agricol., *Mar. Socinus jun.* cons. III. 17. *Nalla*, cons. 121. 563, *Beroius*, cons. III. 62.

5) S. darüber Menochi im Tr. de recup. poss. XV. n. 49—54.

6) Comment. zu l. 15. de poss.

— recedere tamen a receptissima aliorum sententia nimis durum judico [1]).

§. 32.

Besitzklagen. Entziehung des Besitzes.

Bei den Klagen zum Schutze des Besitzes werden zunächst beim Verluste die Actionen und Condictionen neben den Interdicten allgemein anerkannt. Odofred sagt im Commentare zu l. 15. de cond. indeb.:

— licet actiones proprie non sint possessoria judicia, sed interdicta, aliquando tamen sunt; nam haec condictio (ex l. 15.) est recuperandae possessionis, sic et triticaria condictio in casu l. 2. de tritic. [2])

Ebenso erkennt er bei l. 21. §. 1. quod m. c. die actio metus als possessorisch an. Das Gleiche findet sich bei den Ultramontanen Petrus de Bellapertica, Petrus Jacobi und Johannes Faber [3]), von denen der letztere namentlich die Erleichterung des Beweises für jene Klagen hervorhebt; nicht weniger auch bei den spätern Italiänern, namentlich Bartolus und Baldus [4]), und auch in Consilien und Decisionen [5]).

Das interdictum Unde vi wird im allgemeinen ganz in der Weise der Glossatoren aufgefaßt, nur fängt man allmählig

1) Tr. de recup. poss. XVII. n. 21.

2) Diese zählt auch Suzaria, de judiciis n. 14. 15. (Tract. tractatuum vol. IV.) neben den Interdicten einfach als Besitzklage auf.

3) *Petr. de B.* in l. 21. quod m. c. *Pet. Jac.* practica, rub. 45. n. 5. rub. 48. n. 7. *Fab.* in §. 1. J. qu. m. re. n. 1.

4) In den Comment. zu l. 15. de cond. ind. und l. 2. de tritic.

5) *Corneus*, cons. I. 329. II. 56. *Angelus Perus*. cons. 157. *Puteus*, decis. Rotae. III. 277. *Capycius*, decis. Neapol. 209. n. 23.

an, in der l. 6. C. unde vi eine neue condictio für den Fall der Besitzentziehung durch den Richter zu finden[1]). Dagegen dringen nun allmählig die Klagen des Canonischen Rechtes ein. Die erste Spur davon findet sich bei den Ultramontanen vom Schlusse des XIII. Jahrhunderts; die Italiäner aus dieser Zeit, Odofredus, Suzaria, Arena, erwähnen das Canonische Recht noch nicht, und auch von den Ultramontanen haben Bellapertica und Odo[2]) nur erst die Klage aus dem c. 18. de rest. spol. Der letztere will jedoch wenigstens bei Insolvenz des Spolianten die Klage gegen jeden dritten Besitzer zulassen, und Faber[3]) hat bereits unter Berufung auf Durantis den Satz:

> — contra tertium possessorem de jure Canonico competit beneficium si scienter recipit ex c. 18., si ignoranter ex c. Red.

Ebenso Petrus Jacobi[4]). Im XIV. Jahrhunderte findet sich das Canonische Recht dann auch bei den Italiänischen Romanisten. Indessen zeigt wenigstens die Theorie eine gewisse Opposition gegen die Annahme der Klage aus dem c. Red. in der von der Canonistischen Theorie aufgestellten Ausdehnung. So wollen Rosate, Cinus, Angelus de Ubaldis[5]) noch keine andere Veränderung als durch das c. 18 anerkennen. Andere, wie Butrigarius, Bartolus und Baldus[6]), nehmen zwar die Klage aus dem c. Red. an, beschränken sie

1) S. z. B. die Commentare von Bartolus und Salicetus zu der Stelle.

2) Der erstere im Comment. zu l. 7. de vi. Der letztere in der Summa de interdictis, tit. de vi.

3) Comment. zu §. 6. J. de interd. n. 3.

4) Practica libellorum. rub. 156. n. 51.

5) *Ros.* in l. 7. de vi. *Cin.* in l. 5. C. 8. 16. *Ang.* cons. 157.

6) *But.* in l. 2. C. de furtis. *Bart.* in l. 15. de poss. *Bald.* cons. III. 307.

aber in Betreff des dritten Besitzers auf den Fall, daß dieser „causam possessionis habet ab invasore"; dann finde ein succedere in vitium für ihn statt, und deshalb müsse er dann haften. Vollständig findet sich die weitere Ansicht aber schon bei Lucas de Penna und Andreas de Isernia [1]), und ebenso muß sie sich in der Praxis gegen das Ende des XIV. Jahrhunderts festgesetzt haben. Denn vom XV. Jahrhunderte an findet man sie hier ganz allgemein, so namentlich in den Entscheidungen der Gerichtshöfe von Rom, Bologna, Ancona, Perugia, Lucca, Turin [2]), und fast in allen Sammlungen von Consilien [3]). Selbst in Neapel, wo man doch das Gesetz von Friedrich II. hatte, fand die Klage aus dem c. Red., wie Entscheidungen von Neapel, Palermo und Messina [4]) zeigen, vollständig Eingang, und verdrängte die Anwendung jenes Gesetzes fast ganz. Es hing dieses jedoch hier wohl damit zusammen, daß die Gesetze Friedrich's II. unter der Herrschaft des Hauses Anjou durch die Franzosen und die durch diese zu größerem Einflusse gelangte Geistlichkeit überhaupt sehr in Mißachtung und selbst außer Anwendung gesetzt wurden [5]). In

1) Der erstere im Comment. zu l. 14. C. de agricolis, der letztere im Comment. zu dem oben besprochenen Gesetze Friedrich's II. für Neapel.

2) Die Belege für die rota Rom. s. oben S. 225. N. 4. Für die übrigen s. *Benintendis*, decis. rotae Bonon. 33. *Amati*, decis. Marchiae. 61. n. 43. 44. *J. L. ab Assisio*, decis. Perusin. I. 59. n. 7. *Cornazzani*, decis. Luccens. 69. n. 9; 90. n. 6; 192. n. 2. Decisiones senatus Pedemont. 93.

3) So z. B. bei Tartagnus, III. 6. 91. V. 95. P. de Castro, III. 29. Ruinus, I. 46. IV. 56. Jason, IV. 172. Decius, 57. 252. 302. 449. Socinus jun. III. 34. Riminaldi, I. 67. 98. III. 428. Rolandus a Valle, 50. Bertrandus, V. 87. u. s. w.

4) *M. de Afflictis*, decis. Neapol. 327. 361. *Cumia*, comment. in ritus cur. Sicil. c. 38. n. 342 sqq. c. 40. n. 8. *Giurba*, decis. et observ. I. 13. n. 13. 14. I. 63.

5) Historia juris Rom. Neapol. (Neap. 1760.) p. 145. (*Capone*,) discorso sopra la storia delle leggi patrie. (Napoli 1840.) §. 118.

der Theorie fand eine solche Uebereinstimmung nun übrigens keineswegs statt. Das c. 18 war hier zu schwer zu beseitigen, deshalb finden sich hier die verschiedenartigsten Ansichten neben einander. Manche verwerfen die Klage ganz und halten sich an die Ansicht von Innocenz, namentlich wird dieses vom Ende des fünfzehnten Jahrhunderts an häufiger, z. B. bei Ripa, Alciat, Menochi[1]), welcher letztere die Entdeckung von Bellamera wieder an's Licht zieht; andere wollen die Klage nur bei Geistlichen zulassen; andere suchen ihren Umfang zu beschränken, indem sie die Präsumtion verwerfen[2]), oder die Haftung des dritten Besitzers, wenn er Titel und guten Glauben habe[3]), wobei man ohne weiteres die Grundsätze von der Usucapion und Publiciana mit hereinzog, u. s. w. Natürlich fanden diese Ansichten mehrfach auch in die Consilien Eingang, da diese ja vielfach im Parteiinteresse abgefaßt wurden[4]), auf die Praxis selbst hatten sie indessen wenig Einfluß. Abgesehen von den obigen Zeugnissen, die sich noch sehr vermehren ließen, nennt noch Ripa[5]) die obige Ansicht, die er selbst verwirft, „canoni-

1) Die beiden erstern im Comment. zu l. 15. de poss., der letztere im Tr. de recuper. poss. rem. 15. n. 5—21.

2) So z. B. Pet. de Ferrariis in der Pract. tit. de causa spol. I. 9. Die Präsumtion bekommt übrigens in dieser Zeit allmählig eine andere Begründung, als bei ihrem Urheber Innocenz. Man stützt sie nämlich auf die Bestimmungen des c. 9. X. de probat. über das Verhältniß des ältern und jüngern Besitzes. Daß dort beiderseitiger Beweis des gegenwärtigen Besitzes vorausgesetzt wird, beachtete man nicht.

3) Hier versuchte man indessen alle möglichen Distinctionen. S. z. B. *Lanfrancus de Oriano*, repet. de causa poss. II. n. 10—21. *Barth. Socinus*, comment. ad l. 15. de poss. *Menochi*, tr. de recup. poss. rem. 15. n. 67—94.

4) So erklärt sich z. B. Corneus in seinen Consilien, I. 329. II. 56. gegen die Anwendung der Klage auf Laien, in I. 62. dagegen für dieselbe. S. auch *Natta*, cons. I. 188. *Beroius*, cons. III. 56.

5) In der Repetition zu c. 18. de rest. spol.

zata apud doctores et practicantes,“ und Menochi fügt seiner Ausführung gegen jene Ansicht die Schlußworte hinzu [1]):

— inficias tamen non ibo, vix esse, quod in praxi a relata receptiori sententia recedatur, quae in foro quotidiana est.

§. 33.

Störung des Besitzes. Ausbildung des Summariissimum.

Auch das interdictum Uti possidetis wird an sich ganz wie bei den Glossatoren aufgefaßt. Erst im XVI. Jahrhunderte wird die alte Idee, daß der Besitzer bei der Entfernung von der Sache animo den Civilbesitz behalte, allmählig auch auf den Fall der Dejection und Spoliation bezogen, und daraus dann der Satz abgeleitet, daß auch der Dejicirte das interd. U. P. anstellen könne, sobald er sich nur nicht als spoliirt ansehe, sondern animo den Civilbesitz fortbehalte [2]). Sonst hält man daran fest, daß das Interdict gegenwärtigen Besitz zur Zeit der Litis Contestation voraussetze. Noch Menochi sagt:

Duo probare debere (actorem) *uno ore omnes* concludunt, primo se possedisse — tempore litis contestatae, secundo ipsam turbationem [3]).

Von der Idee, daß das Interdict an sich auf älterem Besitze beruhe, ist noch keine Spur. Aus dem Canonischen Rechte,

1) Tr. de recup. poss. rem. 15. n. 20.

2) *Menoch.* tr. de retin. poss. rem. 3. n. 35—37. *Gratianus*, disc. for. II. 314. n. 14—19. Noch zehn Jahre ließ man später diesen Civilbesitz und damit das interd. U. P. fortdauern. *Postius*, tr. de manutenendo, obs. 57. n. 40. sqq.

3) Tr. de retin. poss. rem. 3. n. 556—559. Indessen nahm man an, daß wenn der Besitz zur Zeit der Turbation bewiesen wäre, seine Fortdauer bis zur Litis Contestation präsumirt werde, falls nicht der Gegner Besitz dazwischen für sich bewiese.

aus c. 9. X. de probat., leitete man durchaus nichts weiteres ab, als daß bei gleichem Beweise des gegenwärtigen Besitzes Alter und Titel des Besitzes einen Potioritätsgrund abgäben. In dieser Anwendung findet sich die Stelle aber schon im dreizehnten Jahrhunderte bei Jac. de Arena [1]. Odofredus [2]) hat sie noch nicht, er giebt vielmehr dem Richter für den Fall eines solchen gleichen Beweises den höchst naiven Rath, er solle dann sagen:

> — de possessione non pronuntio, quia nullam partem invenio potiorem, sed rogo deum, ut vos maledicat, et det vobis malam fortunam, et eatis in nomine diaboli, quia estis falsatores, nam hoc esse non potest, quod ambo possidetis, quia duo in solidum possidere non possunt, ut l. 3. de poss.

Auch später blieb jene Auffassung der Stelle stets gleichmäßig dieselbe.

Dagegen fällt nun in diese Zeit die Ausbildung des Possessorium summariissimum. Man kann dabei zwei Stufen, oder eigentlich Standpunkte der Entwicklung unterscheiden. Der erste schließt sich unmittelbar an das an, was oben (§. 28) als die Vorbereitungen des Summar. bezeichnet ist. Es wurde nämlich dort gezeigt, daß man schon in der ersten Hälfte des XIII. Jahrhunderts den Satz angenommen habe, wenn bei einem Besitzstreite keine der beiden Parteien Klage erheben, sondern jede eigenmächtig den Besitz ergreifen oder behaupten wolle, und daher gegenseitige Gewaltthätigkeiten, namentlich Anwendung von Waffengewalt zu fürchten wäre, so dürfe der Richter ex officio einschreiten, beiden Theilen jede Besitzhandlung ver-

1) Im Comment. zu l. un. C. uti poss. n. 10.
2) Im Comment. zu l. un. C. uti poss. n. 17.

bieten, und ein außerordentliches Verfahren über ihre beiderseitigen Besitzansprüche einleiten. Es wurde aber zugleich bemerkt, daß dieses Verfahren weder als ein summarisches noch als ein provisorisches angesehen werden dürfe. Im XIV. Jahrhunderte faßte man nun jenes Verbot der Besitzhandlungen allmählig als eine eigentliche Entziehung und Sequestration des Besitzes auf, verband aber deshalb den Satz damit, der Richter dürfe zu derselben doch nicht sogleich schreiten, sondern müsse erst eine kurze summarische Untersuchung anstellen, ob nicht etwa eine der Parteien wirklich entschieden im Besitze sei; denn sei dies der Fall, so würde ihr durch die Sequestration Unrecht geschehen, sie müsse daher dann ihren Besitz behalten, und in demselben gegen die andere Partei geschützt werden, diese aber auf die eigentliche Besitzklage verwiesen werden; nur wenn die Untersuchung kein bestimmtes Resultat gebe, dürfe der Richter sequestriren und dann das eigentliche Besitzverfahren einleiten. Damit war denn wirklich ein neues summarisches und provisorisches Besitzverfahren neben oder vor den eigentlichen ordentlichen Besitzproceß hingestellt, und damit der wirkliche Anfang des eigentlichen Summariissimum gegeben. Genau genommen ist dieses summarische Verfahren also nicht eigentlich die Weiterbildung jenes frühern außerordentlichen Verfahrens, sondern es tritt vor dasselbe hin, und dieses selbst wurde im Gegentheil dadurch wieder auf das ordentliche Verfahren zurückgeführt. Natürlich kam es aber von jetzt an überhaupt selten mehr zur Sequestration und zu dem Verfahren nach derselben, da es sich von selbst versteht, daß das summarische Verfahren in der Regel zu einem gewissen, wenn auch nur vorläufigen Resultate führte. Dadurch bekam das ganze Princip denn von selbst einfach die Gestalt, daß der Richter in Fällen der bezeichneten Art eine summarische Untersuchung über den Besitzstand vorzunehmen habe,

und dann danach die eine Partei vorläufig im Besitze zu schützen, die andere aber auf die ordentliche Besitzklage zu verweisen habe. Daß, was der Richter ex officio thun müsse, er um so mehr auf Anrufen der Parteien thun müsse, verstand sich von selbst; und somit wurde das summarische Verfahren auch als ein Recht der Parteien anerkannt.

Dieser Gang der Entwicklung tritt namentlich in den Schriften von Baldus deutlich hervor, der den Gegenstand an mehreren Stellen behandelt [1]), und auch bereits die Ausdrücke ordinarium und summarium gebraucht [2]). Die Sache selbst findet sich indessen auch schon vor ihm bei Butrigarius, Rosciate, Bartolus [3]), wie denn auch Baldus selbst sich auf die Praxis beruft, und Andreas de Pisa und selbst schon Jac. de Arena citirt. Nach Baldus findet sich die Anerkennung und Anwendung des ganzen Rechtsprincips sehr häufig, namentlich in den Consilien [4]). Gestützt wird es von Anfang an stets auf die allgemeine Pflicht des Richters, Gewaltthätigkeiten nach Kräften zu verhindern, als unmittelbar gesetzlicher Anhalt diente aber vorzüglich die l. 13. §. 3. de usufructu [5]). Daher wird denn auch das periculum oder der

1) Im Commentar zu l. 13. C. 3. 32; l. 2. C. 6. 33; l. un. C. 4. 4; l. 2. C. 1. 1; l. 13. D. de usufructu.

2) Der Ausdruck Summariissimum wird erst im XVI. Jahrhunderte üblich.

3) In den Comment. zu l. 3. C. de interd. und l. 13. D. de usufructu.

4) *Angel. de Perus.* cons. 107. *Ruinus,* cons. IV. 28. *Curtius sen.* cons. 60. *Sylvanus,* cons. 27. *de Nevizanis,* cons. 81. und andere. *Capycius,* decis. Neapol. 13. 55. 96. *Ludovicus ab Assisio,* dec. Perus. I. 20. *Petrus de Ferrar.,* practica, de forma sequestr. II. 3. *Lanfr. de Oriano,* repet. de causa poss. int. U. P. n. 24. 25. *Alciatus,* parerga, VI. 24. VIII. 24. n. 10.

5) Doch benutzte man auch andere Stellen, zum Theil unglaublich abgeschmackt. So macht z. B. Baldus zu l. 2. C. 1. 1. „Nullus haereticis mysteriorum locus, nulla ad exercendam animi dementiam pateat occasio“

timor armorum stets besonders als wesentliche Voraussetzung angeführt, und namentlich hebt dabei Baldus hervor, daß jene Furcht nicht blos im allgemeinen, sondern ganz speciell nach den concreten Umständen begründet sein müsse. Von einer besondern Beziehung oder gar Beschränkung auf die öffentliche Ruhe und Ordnung und deren Störung ist dagegen keine Rede.

Bereits in der ersten Hälfte des XV. Jahrhunderts kam nun aber zu diesem ersten Anfange des Summar. von einem andern Standpunkte aus ein bedeutender Zuwachs hinzu. Es ist in den bisherigen Ausführungen schon mehrfach hervorgetreten, einen wie weiten Umfang man seit den Glossatoren dem allgemeinen officium judicis gab. So leitete man nun namentlich in dieser Zeit auch den Satz daraus ab, daß bei allen possessorischen und petitorischen Processen der Richter für die Dauer des Processes den Besitzer gegen jede Störung seines Besitzes durch den Gegner schützen müsse, und daß er daher, wenn der Besitz oder die Störung zweifelhaft sei, eine summarische Untersuchung darüber anstellen, und danach seine Entscheidung treffen müsse, die aber natürlich nur für die Dauer der Litispendenz von Wirksamkeit sein, und namentlich für den Besitzstand an sich und seine Entscheidung im ordentlichen Besitzprocesse nicht präjudicirlich werden könne. Man berief sich dabei gleichfalls auf die l. 13. de usufructu, und die allgemeine Pflicht des Richters, Thätlichkeiten zwischen den Parteien möglichst zu verhüten; indessen faßte man dieses hier nur so auf, daß, wenn während der Dauer des Processes kein bestimmter entschiedener Besitzstand da wäre und geschützt würde, stets zu fürchten wäre, daß die Parteien am Ende zu Thätlichkeiten gegen einander

— die Bemerkung: est arg. haec lex, quod si inter duos contenditur de possessione, et est timor armorum, judex potest prohibere ne accedant etc.

kommen würden. Der nächste Zweck ist daher nur die Herstellung eines bestimmten Besitzstandes für die Dauer des Processes, und der Schutz desselben gegen jede Störung. Von unmittelbar bevorstehender Waffengewalt und Einschreiten ex officio ist deshalb keine Rede, sondern das Princip ist nur, wie man es später [1]) ausdrückte,

— omnis possessor lite pendente in possessione officio judicis manuteneri [2]) debet.

Die erste Spur dieses Principes findet sich, wie oben bemerkt ist, gleichfalls schon bei Innocenz [3]). Später finden sich ähnliche Bemerkungen bei Odofredus, Rosciate [4]) u. a., vollständig entwickelt findet sich das Princip zuerst in einem Consilium von Paulus de Castro († 1441) [5]). Dieses Gutachten von de Castro ist für die ganze Lehre vom Summariissimum von außerordentlicher Wichtigkeit gewesen, weil der ganze Begriff hier zuerst vollständig und ausführlich beschrieben ist, und es daher lange Zeit, selbst außer Italien, der Hauptanhalt für Theorie und Praxis war, ja vielfach fast geradezu wie ein Gesetz citirt wurde. Sein Inhalt ist daher etwas genauer anzugeben.

Es betrifft folgenden Fall. Ein Bürger von Bergamo, Namens Bandusio, hatte eine öffentliche Schleifsteingrube

1) *Postius*, tract. de manutenendo. II. 9.

2) Der Ausdruck manutenere wurde anfangs allgemein für jeden Schutz im Besitze, und daher auch beim interd. U. P. gebraucht, wie z. B. noch in der Schrift von Berg. de Boccatiis de manutentione in poss. (Vgl. auch Du Cange's Glossar). Später wurde er jedoch vorzugsweise für den Schutz durch das Summar. gebräuchlich.

3) Im Comment. zu C. 6. X. de institution. (3. 7.) S. oben S. 234. Not. 3.

4) Bei Odof. im Comment. zu l. un. C. uti possid. n. 9., bei Rosf. im Comment. zum Pand.-Titel uti possid. in der Einleitung.

5) Consilia, II. 3.

(vena cotaria) im Besitze, und war bei deren Ausbeutung allmählig unter der Erde bis in das Gebiet eines gewissen Bernardi gekommen. Dieser hatte später auf seinem Grundstücke gleichfalls eine solche Grube angelegt, war dann mit der des Bandusio zusammengetroffen, und hatte nun dessen Fortbetrieb nicht mehr dulden wollen. Bandusio hatte deshalb den Bernardi wegen Störung seines Quasibesitzes verklagt, und der Richter hatte nach einer kurzen summarischen Untersuchung dem Bernardi die fernere Störung untersagt, jedoch zugleich einen Termin für die ordentliche Verhandlung der Sache angesetzt. Hierauf war de Castro, man sieht nicht recht von wem, um ein Gutachten über die ganze Sache angegangen. Sein Gutachten erstreckt sich daher zunächst auf die Gültigkeit des bisherigen Verfahrens, dann aber auch auf den ganzen bevorstehenden possessorischen und petitorischen Proceß. Nur der erste Theil gehört natürlich hierher. De Castro entscheidet sich darin für die Gültigkeit, indem er zunächst folgende Gründe ausführt:

— si bene et subtiliter consideretur, iste processus non est ordinatus ad finem, ut perveniatur ad definitivam sententiam super possessorio retinendae, in quo disceptatur, quis sit possessor, et pronuntiatio habet vim, ut possessor defendatur, quousque pars altera obtinuerit petitorio; sed ordinatur iste processus ad finem, ne lite pendente super proprietate vel possessione partes veniant ad rixas et arma turbando se invicem, cum quaelibet pars asserat se esse in possessione et alteram non esse, et ad se spectare jus, ad alteram non; super quo necessario fuit, summatim cognoscere, quae pars esset in possessione, et reperto quod altera sit, altera non sit, pertinet ad officium judicis inhibere ei quae non est, ne alteri molestiam vel turbationem faciat lite pendente. Et talis pronuntiatio erit inter-

locutoria, et non habebit effectum nisi quousque lis durabit super proprietate vel possessione, et expeditur judicis officio, et sic differt in multis ab illa, quae fertur in possessorio.

Er stellt hierauf die Unterschiede beider Proceßarten in folgender Weise zusammen:

1) illa est definitiva, ista interlocutoria;
2) illa affert perpetuum praejudicium, quousque cognitum sit de proprietate, ista durat quousque lis durat super proprietate vel possessione;
3) illa expeditur jure actionis vel interdicti, ista vero judicis officio;
4) in illa principaliter agitur de possessione, et in consequentiam venit, ne possessor turbetur, in ista vero principaliter agitur, ne quis turbetur, secundario venit an possideat ille, qui petit ne turbetur;
6) in illa requiritur causae cognitio plenaria, in ista sufficit summaria, quia non de tanto praejudicio agitur.

Zum Schlusse führt er dann seine Belege für die aufgestellten Behauptungen an, nämlich das Römische Recht und die Auctorität von Innocenz:

Et istud judex aditus seu requisitus facere debet ex officio, ne partes veniant ad arma, l. 13. §. 3. D. 7. 1., et ut ordinetur lis, l. 7. §. 5. D. 40. 12.; et habetur expresse practica ista in textu et per Innocentium in c. 6. X. 3. 7. [1]).

Vergleicht man diese Darstellung mit dem oben beschriebenen ältern Falle von Summar., so ist die Verschiedenheit des Princips unverkennbar. Die Beziehung auf die Litispendenz und

1) Zur Verstärkung fügt er noch folgende weitere meistens ganz nichtssagende Stellen bei: l. 3. D. 1. 19; l. 9. C. 2. 4; l. 6. C. 4. 26; l. 7. D. 43. 20; l. 9. §. 4. D. 12. 2.

die Ruhe und Ungestörtheit des Besitzes während derselben ist hier durchaus vorherrschend. Zwar wird der Zweck des summarischen Verfahrens auch hier wie dort darin gesetzt, ne partes veniant ad arma. Allein die Waffengewalt wird hier nur als eine Möglichkeit, zu der die Parteien, wenn kein richterlicher Schutz da wäre, am Ende kommen könnten, gedacht. Von einem unmittelbaren Bevorstehen der Gewalt ist weder im allgemeinen noch für den vorliegenden Fall irgend die Rede. Daher ist denn auch von Einschreiten ex officio und von Sequestration keine Spur, und daher beruft sich, was namentlich bezeichnend ist, de Castro auch nicht auf die Aeußerung von Innocenz zu c. 8. de probat., wo dieser den Fall des unmittelbaren periculum armorum bespricht, sondern auf die Aeußerung zu c. 6. de institut., wo er auch nur einfach von Besitzstörungen während der Litispendenz redet. Darin zeigt sich denn auch, was aber überhaupt aus der ganzen Darstellung de Castro's hervorgeht, daß man diesen neuen Fall eines summarischen Besitzverfahrens an sich durchaus nicht als eine bloße Erweiterung des ältern Princips, auf der Weglassung des Erfordernisses der Waffengefahr beruhend, ansehen darf, sondern daß man darin eine selbstständige Idee, die von einem selbstständigen Gesichtspunkte ausging, sehen muß. Im Resultate mußte freilich der neue Fall in gewisser Weise als einfache Erweiterung des ältern erscheinen, und diesen daher zum Theil ganz in sich absorbiren. Denn auch im Falle der Waffengefahr führt das summarische Verfahren stets zu einer Verfügung für die Dauer des ordentlichen Besitzprocesses, da sie ja auch dann immer nur provisorische Regulirung und Beschützung des Besitzes bis zur ordentlichen Entscheidung des Streites bezweckt. Insofern daher in diesem ältern Falle auch die Parteien selbst den Richter zum Einschreiten auffordern können, fällt dieses

mit dem neuen Principe, wonach sie eine solche Verfügung stets erlangen können, von selbst zusammen, und das Eigenthümliche des Falles der Waffengefahr ist daher nur noch, daß der Richter dann von selbst ex officio einschreiten kann.

Der neue Fall eines summarischen Besitzprocesses, der auf diese Weise bei de Castro zuerst aus der Praxis in die Wissenschaft aufgenommen wird, dauert von da in der Praxis unbestritten fort. Belege dafür finden sich in den praktischen Schriften des XV. und XVI. Jahrhunderts vielfach, so namentlich in Entscheidungen der Gerichte von Rom, Neapel, Bologna, Ancona, Lucca [1]), und in Consilien von Beroius, Natta, Cravetta, de Nevizanis, Cephalus, Alciat, Beccius, Pasethus [2]). In den theoretischen Schriften wurde dagegen lange Zeit noch gar keine Notiz davon genommen, sondern wenn diese das Summar. erwähnen, so beschreiben sie stets nur den alten Fall, so z. B. noch in den Schriften aus dem XVI. Jahrhunderte von Plotus, Contardus, Cagnolus, Herculanus, Bolognetus, Boccatius [3]). Der Grund davon ist indessen nicht in einer Mißbilligung der Praxis zu suchen, denn von einer Polemik dagegen ist auch nicht von ferne die Rede, sondern lediglich in der Armuth und Geringfügigkeit der Theorie jener Zeit, die

1) Decis. Rotae, ed. *Peutinger*. I. 99. 616. *Capycius*, decis. Neapol. 189. 209. *Benintendis*, decis. rotae Bonon. c. 79. *Postius*, resolut. civ. March. 3. 8. 15. 37. 38. 42. 47. *Cornazzani*, decis. Lucc. 43. *Ludov. ab Assisio*, decis. rotae Lucc. 20. In Lucca wurde das Summar. durch ein Gesetz vom J. 1564 (bei Ass. cit.) bestätigt und näher bestimmt.

2) *Ber*. c. III. 45. *Nat*. c. 121. *Crav*. c. 140. *Nev*. c. 80. *Ceph*. I. 19. *Alc*. resp. 386. (al. II. 6. 37.) *Bec*. c. 21. *Pas*. c. 142.

3) *Plot*. repet. in l. 9. C. de vi. n. 94—110. *Cont*. comm. ad l. un. C. 7. 69. rat. 5. n. 10. *Cagn*. comm. in l. 172. de R. J. in 6to. n. 6. 7. *Herc*. tr. de caut. de non offend. c. 2. n. 10—17. *Bol*. rep. in l. 12. §. 1. de poss. n. 441—3. *Boc*. tr. de manutentione c. 21. n. 10. sqq.

über eine einfache Wiederholung der einmal in der Schule hergebrachten Sätze nicht hinauszugehen vermochte. Doch nähert sich die Darstellung bei Einigen dem neuern Principe, und bei Menochi [1]) gehen beide Principe ziemlich unklar durch einander. In Folge dieser Unklarheit entstand dann im XVII. Jahrhunderte eine Opposition gegen die Anwendung des Summar. ohne unmittelbare Waffengefahr, namentlich wurde sie von Merenda [2]) angegriffen. Indessen drang seine Ansicht weder in der Theorie noch in der Praxis durch. In dem Hauptwerke über das Summar. aus dem XVII. Jahrhunderte, dem von Postius, heißt es [3]):

Neque requiritur timor scandali seu rixae, nam Rota dat mandatum de manutenendo etiam sine timore scandali, licet Merenda teneat, quod huic remedio de jure non sit locus cessante timore scandali, sed contraria opinio observatur in Urbe et de stylo Rotae.

Postius hat denn auch zuerst die richtige Einsicht in das Verhältniß des ältern Falles von Summar. zu dem spätern. Er fügt nämlich jenen Worten die Bemerkung hinzu:

At ego putarem esse distinguendum, quod tunc requiratur timor scandali, quotiescunque partes nondum venerunt ad judicem, et judex ad scandala evitanda vult se motu proprio intermittere. Secus vero quando partes seu earum altera ad judicem jam devenerunt pro manutentione; tunc absque alio timore datur manutentio possidenti.

Die Hauptresultate, die nun aus dieser historischen Ent-

1) Tr. de retinenda poss. rem. ult.

2) Controvers. juris III. 19. Ebenso *Cyriacus*, controvers. for. II. 244. n. 8. 9.

3) Tract. mandati de manutenendo, sive possessorii summariissimi. (ed. pr. 1646.) Obs. 41. n. 19. 20.

wicklung für die Natur des Summariissimum, wie man sie damals auffaßte, hervorgehen, sind im allgemeinen folgende:

Das Summariissimum war im wesentlichen nichts anderes als ein eigenthümliches processualisches Institut. Von einem neuen Principe für den Besitz an sich, als Grundlage von possessorischen Klagen, war dabei nicht im entferntesten die Rede. Man dachte bei dem Unterschiede von Ordinarium und Summarium weder an den Unterschied von Besitz und Detention, noch von älterem und jüngerem, noch von titulirtem und nicht titulirtem Besitze, sondern lediglich an den von vollständiger und blos summarischer Untersuchung des Besitzes überhaupt. Der Besitz an sich, als die Voraussetzung des Summar., wurde durchaus nach denselben Erfordernissen beurtheilt, wie beim interd. U. P. Man verlangte daher im allgemeinen wie dort gegenwärtigen Besitz zur Zeit des Anfanges des Streites, und wandte bei gleichem Beweise des Besitzes hier gerade ebenso wie dort die Bestimmung des c. 9. X. de probat. über die Potiorität des ältern und titulirten Besitzes an, natürlich sofern beides sogleich liquide war. Dieses thut de Castro so gut, als Postius [1]). Ebenso ließ man die exc. vitiosae poss. zu, sobald sie liquide war [2]). Nur insofern ging man allerdings weiter, daß man den bloßen Detentoren, da man ihnen ein remed. recuper. possess. ex officio judicis zugestand, auch diesen Anspruch an das officium judicis nicht glaubte verweigern zu können [3]).

Der Zweck des Summar. war in der neuern Gestalt hauptsächlich der, bei Processen über eine Sache für die Dauer des

1) *Castro*, cons. cit. *Post.* l. c. obs. 17. n. 1. obs. 71. n. 1. 105.
2) *Post.* l. c. obs. 42. n. 115—145. namentlich n. 137.
3) *Nevis.* cons. 80. n. 3. *Sylv.* cons. 27. n. 3. *Menoch.* l. c. n. 18. *Post.* l. c. obs. 2. n. 27—29. obs. 16. n. 1—23. obs. 52.

Processes einen bestimmten und ruhigen Besitzstand herzustellen, damit die Parteien sich nicht, was sonst gerade hier am meisten zu fürchten wäre, zu Eigenmacht und Gewaltthätigkeiten hinreißen ließen. Man faßte das Summar. daher auch anfangs gar nicht als einen selbstständigen Proceß, sondern nur als eine „portio interdicti U. P." auf. Zwar konnte es dem Hauptprocesse voraufgehen, allein wie es scheint nur so, daß mit dem Antrage darauf die Anstellung der Hauptklage, und somit die Begründung der Litispendenz und des officium judicis daraus, verbunden sein mußte, weshalb denn auch in dem Falle bei de Castro der Richter mit dem Decrete über das Summar. zugleich auch einen Termin zur Einleitung des Ordinarium angesetzt hatte. Später behandelte man das Summar. zwar als ein „separatum judicium" [1]), aber doch immer nur als einen accessorischen Proceß vor oder neben einem Hauptprocesse, und man hielt namentlich den Satz fest, daß es sowohl im Laufe eines Processes als zur Vorbereitung desselben angestellt werden könne [2]). Welche Klage übrigens dem Hauptprocesse zu Grunde liege, war gleichgültig; auch während eines Petitorium oder Possessorium recuper. possess. kann der Besitzer Schutz gegen Störungen verlangen. Dieses nimmt de Castro so gut an, als später Postius [3]). Natürlich versteht es sich aber von selbst, daß bei allen Processen, wo der Besitz an sich feststeht, und der Nichtbesitzer gegen den Besitzer klagt, die summarische Untersuchung nur auf das Dasein der Störung gehen kann, und daß daher der volle Umfang des Summar., wonach es zur provisorischen Feststellung des Besitzstandes selbst dient, nur

1) S. namentlich Bolognetus a. a. O.

2) *Capyc.* dec. 96. 209. *Post.* l. c. obs. 8.

3) *Post.* l. c. obs. 8.

dann eintreten kann, wenn der Besitz selbst streitig und zweifelhaft ist, also nur beim interd. U. P.

Von dem rechtlichen Charakter des Hauptprocesses wohl zu unterscheiden ist aber der des Summar. an und für sich selbst. Dieser ist stets der eines possessorium retinendae oder des interd. U. P., es geht stets nur darauf, zu entscheiden, wer Besitzer sei, und diesen dann in seinem Besitze zu schützen. Von einem Summar. recuper. possess. ist durchaus keine Rede [1]). Bei der Erlangung des Besitzes scheint es zwar seiner ersten Entstehung nach zulässig sein zu müssen, und hier wird es daher auch seit Baldus ganz allgemein erwähnt. Allein genau genommen ist es doch auch hier nur retinendae possess. Denn der obigen Entwicklung zufolge war ja auch hier das Princip lediglich das: wenn zwei Erben einen vacanten Erbschaftsbesitz einnehmen wollen, und daher ein gewaltsames Zusammentreffen von ihnen zu befürchten ist, so soll der Richter ex officio einschreiten, die Besitzergreifung verbieten, und die Sache sequestriren, jedoch zuvor summarisch untersuchen, ob nicht doch etwa einer den Besitz bereits wirklich ergriffen habe, weil dann dieser in seinem Besitze zu schützen wäre. Die summarische Untersuchung bezieht sich also auch hier nur auf den Schutz bestehenden Besitzes; denn daß das Verfahren, welches nach vollzogener Sequestration über das Recht zum Besitze eingeleitet werden muß, gleichfalls ein summariissimum sein solle, davon ist ja, wie oben gezeigt ist, keine Rede [2]).

1) In der oben cit. Entscheidung der Rota Rom. 616. heißt es: H. non est manutenendus, cum in suis dictis implicet contradictionem; quandoque enim dicit se spoliatum, quandoque dicit se manutenendum, quae simul stare non possunt. S. auch *Post.* obs. 3. n. 19. 20. Indirect, durch die oben beschriebene Ansicht über Civilbesitz, wurde das Summar. später freilich auch auf die Wiedererlangung verlornen Besitzes anwendbar.

2) So stellt auch der That nach Menochi (de adipisc. poss. rem. 6.

Die Ausführung der weiteren processualischen Behandlung des Summar. gehört nicht hierher. Nur das mag erwähnt werden, daß möglichste Schnelligkeit überall verlangt wird, und Appellation wenigstens mit Suspensiveffect ausgeschlossen wird. In wie weit die Schnelligkeit in der Praxis eingehalten ist, läßt sich nicht bestimmen, doch kommen noch keine Klagen vor.

§. 34.

Besitz der Rechte.

In der Lehre vom Besitze der Rechte konnte die Aufnahme des Canonischen Rechtes in das weltliche noch weniger als beim Sachenbesitze ausbleiben. Denn die Gestaltung der Lebensverhältnisse selbst, namentlich die Bildung der vielen Realrechte und Lasten, forderte hier eine Erweiterung des Römischen Standpunktes so unmittelbar, daß selbst die Glossatoren schon dem dringenden Bedürfnisse sich nicht ganz hatten entziehen können. Die Aufnahme geschieht daher auch ganz vollständig, sowohl in Betreff des Umfanges als der weitern Behandlung des Besitzes. Doch findet sich das Canonische Recht auch hier wieder zuerst bei den Ultramontanen aus dem Anfange des XIV. Jahrhunderts. Von den Italiänern des XIII. Jahrhunderts spricht Odofredus [1]) zwar vom Besitze bei Reallasten, wiederholt aber nur die Ansicht von Azo ohne Erwähnung des Canonischen Rechts; die gleiche Ansicht scheint Jac. de Ravanis [2]) gehabt zu haben; Jac. de Arena behandelt über-

n. 12—14) die Sache dar, obgleich er scheinbar von einem Summar. adipisc. poss. spricht.

1) Im Commentare zu l. un. C. uti possid. n. 18. l. 7. C. unde vi. n. 16. Tract. de interdictis. c. 18. (Im Tr. tractatuum. T. IX.)

2) Er wird von Joh. Faber im Comment. zu pr. J. de interd. n. 5. citirt.

haupt nur den Servitutenbesitz; Albericus Galeottus[1]) spricht zwar von einer „mulier spoliata possessione maritali a marito“, und erkennt ihren Restitutionsanspruch an, beruft sich aber auffallender Weise nicht auf das Canonische Recht, sondern auf l. 10. C. de donat. i. v. und l. 7. C. ad leg. Jul. de vi. Bei den französischen Romanisten wurde die Aufnahme des Canonischen Rechts dagegen sehr durch das ältere Französische Recht unterstützt, welches gleichfalls den Besitzesschutz bei Rechten in großer Ausdehnung hatte. Der Umfang des Besitzes der Rechte wird daher hier von allen in der vollen Ausdehnung des Canonischen Rechtes genommen. Petrus de Bellapertica[2]) nennt die Glosse, weil sie den Besitz bei terminlichen Präſtationen läugne, fatua, mendacium, Joh. Faber[3]) sagt etwas artiger:

— hoc potest esse verum de jure civili, sed de jure canonico est contrarium ut c. 24. de election.

und Petrus Jacobi[4]) beseitigt die l. 4. §. 27. de usucap. damit, daß bei Rechten, wenn auch kein eigentliches dejicere, doch ein quasi dejicere möglich sei. Der letztere und Odo und Joh. Faber nehmen dann ebenso auch nicht nur bei Jurisdictions- und andern Hoheitsrechten, sondern auch bei Familienrechten Besitz an, und zwar behandeln sie den Besitz bei den letzteren in der doppelten Beziehung, einmal insofern die quasi possessio filiationis, fraternitatis u. s. w. nach Analogie der Römischen possessio libertatis eine processualische Bedeutung habe, dann aber auch insofern dieselbe zur Begrün-

1) Summula quaestionum. 25, 6.

2) Im Comment. zu l. 3. §. 13. de vi. n. 3. und l. 3. uti possid. n. 21.

3) Comment. zu pr. J. de interd. n. 5. Vgl. §. 13. de action. n. 37.

4) Practica, rub. 157. n. 2.

dung possessorischer Klagen dienen könne [1]. Im allgemeinen war die Annahme des Besitzes in allen diesen Fällen auch unbestritten, nur bei den terminlichen Prästationen war auch hier der große Streit, ob auch bei rein persönlicher oder nur bei dinglich radicirter Verpflichtung der Besitz stattfände. Theoretisch erklärte man sich gegen die erstere Annahme [2], in Betreff der Praxis dagegen sagt Faber:

— curia tamen Franciae dat possessorium pro omni jure.
— consuetudo omnium curiarum spiritualium et temporalium tenet c. 24. de elect. indistincte.

Im XIV. Jahrhunderte findet sich die volle Ausdehnung des Besitzes der Rechte und die volle Anwendung des Canonischen Rechtes dann auch bei den Italiänischen Juristen. In der Theorie wie in der Praxis steht der Satz fest, daß bei allen jura incorporalia, bei denen es nur an sich möglich ist, Besitz und Besitzesschutz anzunehmen sei, ohne Unterschied, ob sie zum öffentlichen oder zum Privat-Rechte, zum Personen- oder zum Vermögens-Rechte gehören [3]. Allgemeine theoretische Ausführungen darüber kommen zwar nicht vor, als Belege können aber, abgesehen von den häufigen Fällen des Besitzes von Jurisdictionsrechten, Bannrechten, Rechten auf Steuern, Zölle, Dienste, Grundabgaben, folgende Beispiele dienen. Bei Tartagnus [4] wird ein comes palatinus im Besitze des Rechts,

1). *Petr.* pract. 156. n. 48. 157. n. 31. *Odo*, summa de interd. tit. Unde vi. *Fab.* in §. 13. J. de action. n. 9. 10. 22. 29.

2) *Petr. de B.* in l. 2. quor. bon. n. 2. l. 3. pr. uti poss. n. 22. *Petr. Jac.* pract. 157. n. 18. *Fab.* in §. 13. J. de act. n. 37. pr. J. de interd. n. 4. §. 4. eod. n. 15.

3) Was eigentlich als Gegenstand des Besitzes anzusehen sei, ob das „jus ipsum", oder die einzelnen „actus juris", oder der „usus juris", war eine, jedoch nicht viel besprochene, Controverse. *Bartol.* in l. 3. §. 13. de vi. *Ripa*, rep. in X. de causa poss. n. 25.

4) Consilia, I. 148.

uneheliche Kinder zu legitimiren, geschützt; bei Bartolus [1]) die Bürger einer Stadt im Besitze des Rechts, ihren Magistrat zu wählen; bei Barbatia [2]) ein Bischof gegen einen Grafen im Besitze des Rechts, daß dieser bei Processionen sein Pferd führe; bei Decius [3]) ein Herzog im Besitze der Thunfischerei im Mittelländischen Meere; außerdem findet sich Besitz des Adels, der Aemter, des Notariats, des Doctorats, der väterlichen Gewalt, der Kindschaft, der persönlichen Freiheit, der ehelichen Geburt, des Begräbnißrechts [4]) u. s. w. Ueber alle diese Fälle war auch gar kein Streit, dieser war auch hier nur über den Besitz der rein persönlichen Obligationen. Gegen diese erklärten sich die Theoretiker fast einstimmig, namentlich auf den Vorgang von Jac. de Ravanis und Cinus. Der erstere hatte über das c. 24. X. de election., auf das sich die Canonisten hauptsächlich beriefen, und welches nach der damaligen Citirart das c. Querelam hieß, den Witz gemacht, „hic adversus querelam opus esse querela“, der außerordentlichen Beifall fand und allgemein wiederholt wurde. Indessen wurde er nicht unmittelbar durch seine eigenen Schriften verbreitet, sondern durch Cinus, der ihn zuerst aufnahm [5]) und sich dabei besonders scharf über die Gegner ausließ, indem er sagte:

1) Commentar zu l. 1. §. 2. uti possid.

2) Consilia, III. 18.

3) Consilia, num. 271.

4) *Vinc. de Franchis*, decis. Neapol. 90. 1. Decis. Rotae Rom. noviss. I. 1. 221—3. 470. *Tartagnus*, cons. I. 51. *Caepolla*, cons. 19. *Jason*, cons. IV. 2. *Bartolus*, quaestiones. n. 6. *Cinus* in l. 13. C. de probat. *Butrigarius* in l. 1. C. de lib. exh. *Baldus* in l. 2. C. de servit. c. 10. X. de probat. Bei den Familienrechten wurde die Annahme des Besitzes sehr durch den Irrthum unterstützt, daß auch das interd. de lib. exhib. und de uxore duc. possessorisch sei. Schon Joh. Faber hat diesen Irrthum, ebenso Cinus, Butrigarius, u. a. Bartolus verwarf ihn bei l. 12. §. 1. de poss. n. 40. ganz entschieden.

5) Im Commentar zu l. 28. C. de pactis.

— quod in personalibus actionibus locum habeat possessorium nusquam auditum, nusquam relatum, praeterquam a Saturnino [1]), — et ista est veritas, licet in foro Canonistarum servetur erroneus intellectus, et etiam per illos Legistas, qui manus habentes extra gazophylacium Justinianei thesauri apud mendicantes vadunt mendicatum.

Auch in den Consilien findet sich diese Ansicht vielfach vertheidigt, so z. B. bei Tartagnus, Decius, Corneus, Romanus [2]) u. a.; allein die Praxis selbst scheint sich allmählig doch mehr für die Ansicht der Canonisten entschieden zu haben, daß man, wenn auch keinen eigentlichen Besitz, doch einen zu schützenden status percipiendi bei solchen Obligationen annehmen müsse. Wenigstens findet sich diese Ansicht in Entscheidungen von Neapel, Rom, Bologna, Mailand, Turin, Lucca [3]), in Consilien von Baldus, Cravetta, Sylvanus, J. de Amicis, Bertrandus, Purpuratus [4]), und Ripa, Gratianus, Postius [5]) u. a. erklären sie für die recipirte. Auch Menochi [6]) läugnet nur die Anwendbarkeit des interd. U. V., glaubt aber die Zulassung des officium judicis oder der Klage aus dem c. Red. nicht bestreiten zu dürfen. Beachtenswerth ist übrigens noch die Ansicht von Bartolus, von der sich bei

1) Eine Anspielung auf l. 1. §. 1. de senator. „Consulares feminas dicimus Consularium uxores; adjicit Saturninus etiam matres, quod nec usquam relatum est, nec unquam receptum."

2) *Tar.* c. 7. 94. *Dec.* c. 136. *Cor.* II. 43. *Rom.* 311. 321. 331.

3) *M. de Afflictis*, dec. Neapol. 395. *Buratti*, dec. rotae Rom. 289. *Benintendis*, dec. rota Bonon. 27. *Raudensis*, decis. Mediol. I. 39. n. 157—60. Decis. sen. Pedemont. 99. *J. Ludov. ab Assisio* et *Magonius*, decis. Lucc. II. 2. dec. 4. n. 12.

4) *Bald.* c. III. 420. 425. *Crav.* c. 140. *Sylv.* II. ult. *Amic.* c. 123. *Bart.* II. 2. n. 10. *Purp.* c. II. 556.

5) *Rip.* rep. in l. 1. quor. bon. n. 3. *Grat.* disc. for. c. 113. n. 13. c. 981. n. 29. *Post.* de manut. obs. 10. n. 62.

6) Tr. de recup. poss. rem. 1. n. 88.

Lud. Romanus eine praktische Anwendung findet, daß jedenfalls bei den persönlichen Obligationen, die auf einem Rechte an der Person des Pflichtigen beruhen, wie z. B. bei Hörigen, Vasallen, Unterthanen, Besitz anzunehmen sei [1]).

Bei den Klagen für den Besitz der Rechte wurde bald nach den Glossatoren die Anwendung des interd. U. P. auf diesen Besitz, die bei den Glossatoren festgestanden hatte, streitig. Zuerst verwarf sie Jac. de Arena [2]) bei den Feldservituten, und Joh. Faber [3]) dehnte dieses auf alle jura discontinua aus, weil bei ihnen keine possessio praesens, die das Interdict verlange, möglich sei, man müsse jedenfalls die Bestimmungen der speciellen Servituteninterdicte analog anwenden, doch gesteht er selbst, daß ihm das Canonische Recht und die gesammte Praxis entgegenstehe. Beide Ansichten wurden später oft wiederholt, indessen vermochten sie die Praxis, abgesehen wenigstens von den mit speciellen Interdicten versehenen Servituten, nicht abzuändern [4]). Nicht weniger bezog die Praxis auch das Summariissimum mit auf alle diese Rechte, wie schon der Fall des Gutachtens von de Castro zeigt. Bei Entziehung des Besitzes gab man entweder ein interd. U. V. utile oder eine condictio ex canone, nämlich entweder die speciellen aus c. 24. de election. und c. 3. de causa poss. oder die allgemeine aus c. Red. Was dabei namentlich den Besitz von Verpflichtungen

1) *Bart.* in l. 2. quor. bon. *Rom.* cons. 321.

2) Comment. zu l. un. C. uti poss.

3) Comment. zu §. 4. J. de interd. n. 23.

4) Ueber Servituten s. *Petr. de Ferr.* pract. de turb. poss. pr. n. 3. *de Afflictis*, decis. Neap. 155. *Socinus sen.*, cons. III. 95. *Giurba*, dec. observ. I. 62. *Caepolla*, tr. de servit. pr. rust. c. 9. *Menochi*, de retin. poss. rem. 3. n. 103. sqq. 137. Für die andern Rechte sind die Belege bereits in den Stellen über den Umfang des Besitzes enthalten.

betrifft, so ist anfangs noch allgemeine Ansicht [1]), daß Weigerung der Leistung eine Entziehung des Besitzes enthalte. Petrus Jac. [2]) hebt es zwar als „mirabile“ hervor, daß bloße Weigerung eine Klage „de vi“ begründe, beseitigt aber den Zweifel durch die Analogie von der heimlichen Besitznahme. Joh. Faber stellt es als allgemeinen Satz hin:

Scias, quod stylus canonistarum habet, quod cessatio causat vim turbativam, contradictio vim expulsivam.

und demgemäß unterscheidet auch Petrus Jac., ob der Pflichtige sage: „Petre, veniatis cras!“ oder: „Petre, nihil vobis debeo, nihil solvam!“ Das erstere sei Störung, das letztere Entziehung. Faber bestreitet dieses aber, bloße cessatio sei gar keine vis, auch keine turbativa, jede contradictio aber sei expulsiva, und somit könne man eigentlich immer nur wegen Entziehung, nie wegen Störung klagen, doch fügt er bei: „non mihi credetur, tamen dicam.“ Störung von Dritten nimmt er dagegen an [3]). Seit Baldus bildet sich dann aber die schon oben bei Innocenz erwähnte Ansicht, daß man die Weigerung auch als bloße Störung auffassen könne, von neuem aus, jedoch auf eigenthümliche Weise. Sie findet sich zuerst bei Baldus, der dieselbe auf zweifache Weise begründet. Im Commentare zu l. 2. C. de servitutibus n. 44. sagt er:

Per solam negligentiam solvendi non perditur possessio, sed si fuit resistentia facto et juri contraria potest distingui ex qualitate creditoris, an sit verisimile, quod suspicetur se posse repelli nec ne, et ex qualitate contradicentis, an sit potens de facto resistere et justum metum inferre nec ne.

1) Von Odofredus (Tr. de interd. c. 18.) bis Bartolus (Comm. zu l. 3. §. 13. de vi.).

2) Practica. rub. 156. n. 56. 57. rub. 157. n. 33—35.

3) Comment. zu §. 4. J. de interd. n. 16—20.

Er geht also hier davon aus, daß ein Zwang zur Zahlung in diesem Falle keine unerlaubte Selbsthülfe, sondern nur eine Vertheidigung im Besitze sei, im Gegensatze zu den frühern, von denen z. B. Faber noch sagte:

— eo ipso quod (debitor) contradicit, repellitur (creditor), nec animo retinetur possessio, cum non possit talem vim vi repellere, licet sit secus in corporalibus.

Die zweite Begründung giebt Baldus im Commentare zu c. 24. X. de elect., wo er n. 28. sagt:

Per subtractionem obedientiae perditur quasi possessio, nisi quis recurrat ad interdictum U. P., quia ille qui adit praetorem non perdit possessionem, arg. l. 5. §. 10. de o. n. n.

Diese l. 5. ist die bekannte Stelle, worin es heißt:

— melius esse, per praetorem inhibere, quam op. novi nuntiatione; caeterum o. n. nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus.

Beide Begründungen, namentlich die letztere, waren natürlich zu schlecht, als daß sie die in der Natur der Sache und dem Canonischen Rechte begründete, in der Theorie und Praxis alt hergebrachte Ansicht so leicht hätten beseitigen können. Diese bleibt daher im XV. und XVI. Jahrhunderte noch immer die vorherrschende [1]). Da indessen bei der Ansicht von Baldus der Kläger die Wahl hatte, wegen Störung oder wegen Entziehung des Besitzes zu klagen, darin somit eine Art Erweiterung des Besitzesschutzes lag, so fand sie allmählig doch auch Eingang. Sie findet sich z. B. in Entscheidungen aus dem XVI. Jahrhunderte von Rom und Neapel [2]). In der Römischen Ent-

1) Außer den obigen Stellen über den Besitz bei Obligationen, die meistens auch diesen Satz aussprechen, s. z. B. noch die Consilien von Decius, 136., Ruinus, V. 165. Beroius, III. 119. Purpuratus, II. 488.

2) Decis. rotae Rom. noviss. (a. 1604.) I. 99. *M. de Afflictis*, dec. Neap. 395.

scheidung ist aber bereits noch ein dritter, wo möglich noch schlechterer Grund hinzugekommen. Man wendete nämlich die oben angeführte Ansicht, daß der Dejicirte animo den Civilbesitz behalten und daraus dann mit dem interd. U. P. auf Restitution des Naturalbesitzes klagen könne, auch auf den Quasibesitz, und namentlich den vorliegenden Fall an, und kam somit zu dem später [1]) allgemein angenommenen Satze, den jene Entscheidung ausspricht:

> Si denegatur solutio', potest possessor animo retinere civilem possessionem et petere, ut manuteneatur in quasi possessione sua; — est tamen in facultate ejus, cui est denegata solutio, habere se pro spoliato, et intentare remedium recuperandae possessionis.

1) *Postius*, de manutenendo. obs. 57. 58.

Fünfter Abschnitt.

Das Germanische Recht.

§. 35.

Einleitung.

Die ganze Reihe von Erweiterungen des Römischen Besitzrechtes, die sich am Ende des Mittelalters in Italien vorfinden, und die dann von da auch in die übrigen Länder des Römischen Rechtes übergehen, ist jetzt in ihrer Entwicklung, so wie sie unmittelbar in den Rechtsquellen und Schriften des Mittelalters hervortritt, nachgewiesen. Es hat sich dabei gezeigt, daß sich die ganze Entwicklung überall der Form nach stets mehr oder weniger bestimmt an das Römische Recht anknüpft, dem Inhalte nach aber theils rein zufälliger Natur ist, theils durch die eigenthümlichen kirchlichen und politischen Verhältnisse des Mittelalters gebildet ist, sich wenigstens sehr wohl daraus erklären läßt. Von einem unmittelbaren Einflusse des ältern Germanischen Rechts und seiner Ideen hat sich nirgends eine Spur gezeigt. Natürlich kann damit die Frage, ob ein solcher Einfluß nicht dennoch wenigstens mittelbar stattgefunden habe, nicht als erledigt angesehen werden, da die Möglichkeit, daß die Germanischen Rechtsideen nur in Römischen Formen in's Leben getreten seien, sehr nahe liegt. Es ist daher jetzt vor der Beschreibung des Ueberganges des Italiänischen Rechts in die andern Länder

erst eine selbstständige Darstellung des Germanischen Besitzrechtes zu geben, um dadurch ein sicheres Urtheil über jene Frage möglich zu machen.

Wenn man das Germanische Recht zu diesem Zwecke darstellen will, so scheint es, als dürfe man dasselbe lediglich oder wenigstens hauptsächlich nur in der Gestalt auffassen, die es in Italien vor der Zeit der obigen Entwicklungen hatte. Allein davon muß man vollständig abstrahiren. Es wäre das einerseits unmöglich, anderseits aber auch unnöthig: unmöglich, weil die Quellen über diesen Zweig des Germanischen Rechtes viel zu spärlich fließen; unnöthig, weil die verschiedenen Germanischen Rechte bei aller Verschiedenheit doch in einem solchen innern Zusammenhange stehen, und sich in ihren Grundideen so ähnlich sind, daß man sie unbedenklich mit einander verbinden kann, um auf diese Weise für jeden einzelnen Zweig die Grundprincipien zu bekommen. Ja man kann selbst noch einen Schritt weiter gehen. Das Land, in welchem die ältern Germanischen Rechtsideen in ihrer Eigenthümlichkeit am selbstständigsten und reinsten und doch am reichhaltigsten entwickelt sind, ist ohne Zweifel Deutschland vor dem Eindringen des Römischen Rechts, also bis in's XIV. Jahrhundert hinein. Somit kann man aus der reichen Entwicklung des Deutschen Rechtes jener Zeit vielfach geradezu auf die ältern allgemeinen Grundideen zurückschließen, und es daher vielfach geradezu zur Bestätigung und Ergänzung der Resultate der ältern Quellen benutzen. Aus diesen Gründen ist daher in der nachfolgenden Darstellung zunächst das Recht der gesammten ältern Quellen zu Grunde gelegt [1]), dann aber das Deutsche Recht der spätern Zeit hinzugefügt.

1) Mit dem ältern Rechte ist jedoch das Nordische Recht des XI. bis

§. 36.

Das ältere Germanische Recht.

Die Hauptfrage bei der Darstellung des Germanischen Besitzrechtes ist für den Zweck der vorliegenden Abhandlung natürlich die, ob das Germanische Recht den Besitz rein als solchen als ein rechtlich zu schützendes Verhältniß auffasse, ob es also Klagerechte von rein possessorischem Charakter habe, oder nicht. Die Untersuchung dieser Frage bildet daher die Grundlage der nachfolgenden Ausführungen.

Es ließe sich dieser Schutz nun an sich in einer doppelten Weise denken, entweder so, daß wie im Römischen Rechte possessorische und petitorische Klagen neben einander ständen, oder so, daß überhaupt nur possessorische Klagen da wären, das ganze Sachenrecht überhaupt nur in einem rechtlichen Schutze des Besitzes bestände. Beides ist behauptet, beides ist aber zu läugnen. Bei der einen Annahme stellt man die Bildungsstufe des Germanischen Rechtes zu hoch, bei der andern zu niedrig. Das Germanische Recht hat, so viel wir wissen, schon in der ältesten Zeit den Begriff eines eigentlichen Eigenthumsrechtes mit Continuität des Rechtes in den einzelnen Eigenthümern, und da, wo dieser Begriff etwa noch nicht ausgebildet ist, hat es jedenfalls einen Rechtsbegriff, der bereits über dem des bloßen Besitzes und seines rechtlichen Schutzes steht. Die Klagen seines Sachenrechtes haben daher jedenfalls entschieden den Charakter von petitorischen. Allerdings wird derselbe durch das eigenthümliche Beweissystem im Resultate etwas modificirt, allein dieses ändert an der zu Grunde liegenden Idee nichts.

XIII. Jahrhunderts verbunden, da es, wenn auch der Zeit nach später, doch dem Charakter nach dem ältern gleichsteht, wie Wilda in seinem Strafrechte der Germanen näher nachgewiesen hat.

Dagegen ist aber von einem besondern Schutze des Besitzes neben den petitorischen Klagen keine Rede, was auch bei der eigenthümlichen Behandlung derselben kaum möglich war. Der Beweis dieser Behauptungen ergiebt sich, wenn man die Frage untersucht, ob die Klagen, oder eigentlich ob die eine Klage, die sich im Germanischen Sachenrechte findet, einen possessorischen oder einen petitorischen Charakter habe.

Die Eigenthümlichkeit der possessorischen Klagen im Gegensatze zu den petitorischen zeigt sich ihrem vollen Umfange nach in den zwei Beziehungen, einerseits daß der Kläger seinen Anspruch lediglich auf die Thatsache seines Besitzes und seines widerrechtlichen Verlustes gründet, anderseits daß der Beklagte sich lediglich durch die Bestreitung dieser Behauptung, nicht aber durch das Einwenden eines Rechtes an der Sache (sog. petitorische Einreden) vertheidigen kann. Die Ausschließung der Rechtsgründe für den Besitz auf Seiten des Klägers ist jedoch der eigentliche Kern des possessorischen Klagerechtes, die Zulassung petitorischer Einreden bringt die Klage zwar den petitorischen näher, läßt aber doch den possessorischen Charakter an sich noch bestehen. In beiden Beziehungen ist das Klagerecht des Germanischen Sachenrechtes daher jetzt zu untersuchen. Der Beschaffenheit der Quellen wegen muß jedoch mit der Vertheidigung des Beklagten der Anfang gemacht werden.

Wenn man die verschiedenen Arten von Vertheidigungen vergleicht, die in den Germanischen Rechtsquellen einerseits bei den Klagen aus Verträgen und Delicten, und anderseits bei den Klagen auf Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes vorkommen, so tritt auf den ersten Blick eine sehr bestimmte Verschiedenheit hervor. Zunächst schon im Sprachgebrauche. Bei den Klagen der ersten Art werden von der Vertheidigung des Beklagten einfach die den negativen Standpunkt der reinen

Vertheidigung bezeichnenden Ausdrücke se defendere, purgare, excusare gebraucht. Bei den Klagen der zweiten Art dagegen heißt es, der Beklagte müsse die Sache vindicare, fränkisch achramire, angelsächsisch agnian, Ausdrücke, die den Standpunkt des positiven in Anspruch nehmen, einer Sache bezeichnen, und daher gerade ebenso vom Kläger, der eine Sache anspricht, gebraucht werden.

Lex Bajuvar. XVI. 1. §. 1. 2.

Si quis agrum invaserit, — exeat; si autem suum voluerit vindicare, — taliter vindicet: „ego — non debeo exire, quia“ etc.

Capitul. de a. 819. c. 9.

— invasor interpellatus — res quaerenti reddat, aut eas — se defendendo vindicet.

Lex Salica. c. 37. (al. 40.)

Si quis bovem aut caballum — per furtum perdiderit, et eum consecutus fuerit usque in tres noctes, — debet achramire. Si vero jam tribus noctibus exactis — invenerit, — ille, apud quem inveniuntur, ipse liceat achramire.

Legg. Canuti. I. 22. §. 2.

— and gif he gewitnesse haebbe — agnige hit, odde agife tham, the hit age.	— und wenn er (der Bekl.) Zeugniß hat, — eigne (er) es, oder gebe (es) dem, der es eignet.

Legg. Aethelredi, III. 10. c. f.

— agnunge bith ner thaem, the haefth, thonne thaem, the aefter spraecth [1]).	— Eignung ist näher dem, der besitzt, als dem der anspricht.

1) Aehnlich in den Gesetzen von Aethelstan, II. 10. und in den Wälischen Gesetzen, c. 8.

Noch bestimmter tritt der Unterschied in dem Thema des Beweises, den der Beklagte führen, d. h. des Eides, den er schwören muß, hervor [1]). So heißt es namentlich in den Angelsächsischen Eidesformeln, die den Gesetzen des Königs Aethelstan angehängt sind, auf der einen Seite bei den Klagen aus Verträgen und Delicten in nro. 5 und 11:

— ic eom unscyldig aet thaere tithlan, the N. me tith.	— ich bin unschuldig an der Bezüchtigung, deren N. mich zeiht.
— ne thearf ic N. penig, ne peniges weorth, ac eal ic him gelaestete, thaet ic him scolde.	— nicht schulde ich N. Pfennig noch Pfenniges Werth, sondern alles ich ihm leistete, was ich ihm sollte (leisten).

und dagegen auf der andern Seite bei der Einforderung einer geraubten Sache in nro. 3:

— ne waes ic aet raede ne aet daede, thaer man mid unrihte N. orf aetferede; ac swa ic orf haebbe, swa ic hit mid rihte begeat; and swa ic orf haebbe, swa hit me gesealde, the ic hit nu on hand sette; and swa ic orf haebbe, swa hit of minum agnum thingum com, and swa hit on folcriht min agen is.	— nicht war ich zu Rath noch zu That, als man mit Unrecht N. Vieh abführte; sondern wenn ich Vieh habe, so ich es mit Recht bekam; und wenn ich Vieh habe, so es mir (der) verkaufte, dem ich es nun auf (die) Hand setze; und wenn ich Vieh habe, so es von meinen eigenen Dingen kam, und so es nach Volksrecht mein eigen ist.

1) Dabei muß man sich erinnern, daß im Germanischen Rechte die Parteien ihre Behauptungen in der Regel nicht eigentlich beweisen, sondern nur entweder sie beschwören, allein oder mit Eideshelfern, oder ein Gottesurtheil, namentlich Zweikampf, darüber entscheiden lassen; daß daher, namentlich im erstern Falle, der Beweis keine Last, sondern ein Recht ist, und der Vor-

Bei den Schuldklagen geht der Eid des Beklagten also einfach negativ auf die Unwahrheit der Behauptung und des Anspruches des Klägers; bei den Sachenklagen hat die Eidesformel dagegen einen zweifachen Bestandtheil, einen negativen und einen positiven, der Beklagte muß zunächst negativ schwören, daß er die Sache dem Kläger nicht gestohlen habe, und dann noch positiv, daß er sie sonst auf rechtlichem Wege bekommen habe. Dieselben beiden Bestandtheile finden sich auch bei Grundstücken:

Oestgöta-Lagen. E. S. c. 8.

— suaeri, — at han fik tha iorth maeth köpum, ok aldrigh var jak rans man at [1].	— er schwöre, — daß er fing die Erde mit Kauf, und niemals war ich Raub Mann daran [1].

Lex Bajuvar. XVI. 1. §. 2.

— ego non invasi contra legem, — quia mea opera et labor prior hic est, quam tua.

In andern Stellen kommt selbst überhaupt nur der positive Bestandtheil vor:

Legg. Aethelst. II. 10.

— se the hit him geagnian wille, — sylle thone eth, thaet hit (yrfe) on his aethe geboren waere.	— wenn der (Bekl.) es sich eignen will, — leiste (er) diesen Eid, daß es (das Vieh) auf seinem Eigenthum geboren wäre.

Westgöta-Lagen. I. Th. B. c. 17.

— svaeriae, — at jak födde han (thrael) hemae i husum ok haeskaep, thaer dithi ok drak	schwören, — daß ich aufzog ihn (den Sclaven) daheim in Haus und Familie, (daß er) dort sog

theil des Beklagten im Processe (namentlich auch des Besitzers bei Sachklagen) nicht in der Freiheit vom Beweise, sondern umgekehrt in dem Rechte zum ersten Beweise besteht.

1) Dieser sonderbare Uebergang aus der indirecten in die directe Rede findet sich oft in den Nordischen Rechtsquellen.

miolk af mothor spina, thaer var i klaethum vasthaer ok i vaggu lagther; thy a [1]) jak han ok thu iki.	und trank Milch von Mutter Brust, dort war in Kleider gehüllt und in Wiegen gelegen, darum habe (zu eigen) ich ihn, und du nicht.

Westgöta-Lagen. I. J. B. c. 2. §. 1. 2.

— at jak tok jorth thessae at arvi, ok jak a ok thu iki.	— daß ich nahm Erde diese zu Erbe, und ich habe (sie zu eigen) und du nicht.
— at jak köptae jorth thessae, ok jak a ok thu iki.	— daß ich kaufte Erde diese, und ich habe (sie zu eigen) und du nicht.

Eriks Siell. Lov. III. 25. (al. V. 19.)

— tha swaeriae han maeth sin enae eth, at thaet aer hans raettae hemaeföd, ok haffve thaet maeth raettae.	— da schwöre er mit sein eines Eid, daß das ist sein rechtes daheimaufgezogenes, und habe es mit Rechte.

Danach entsteht nun die Frage, was diese positive Vertheidigung, diese Vindication, des Beklagten eigentlich sei, und wie sie sich zu der negativen Vertheidigung, der bloßen Reinigung von der Beschuldigung des Diebstahls oder Raubes verhalte. Hält man sich hier zunächst ganz unmittelbar an die Angaben der Quellen, so besteht die Vindication im allgemeinen in der Berufung auf eine bestimmte rechtliche Erwerbsart der Sache. Als solche werden in der Hauptstelle über die Frage, der lex Bajuvar. XV. 11. §. 1. 4. angeführt: Erbeutung im Kriege, Ererbung, Confiscation, Fabrication von Sachen, Aufziehen von Thieren, Uebertragung vom Eigenthümer. Die letztere

1) Dieses „a" ist das Präsens von aegha, im Eigenthume haben, was von hava und haestha, haben und besitzen, wohl zu unterscheiden ist.

Erwerbsart unterscheidet sich aber wesentlich von den übrigen. Bei diesen hat der Beklagte eine selbstständige Vindication, d. h. er kann für sich selbst mit Eidhelfern sein Eigenthum beschwören. Bei der Uebertragung muß er dagegen seinen Auctor zu seiner Vertheidigung [1]) herbeiholen, und dieser muß dann entweder aus seiner eigenen Person einen selbstständigen Vindicationsgrund beweisen [2]), oder wieder seinen Auctor herbeiholen, für den dann wieder das Gleiche gilt. Davon macht nur in den Nordischen Rechten bei Immobilien die sogenannte laghahaeft [3]), die rechte Gewere des spätern Deutschen Rechts, die jedoch hier erst nach dreijährigem Besitze eintritt, eine Ausnahme, indem dabei der Grundsatz gilt: thaen sum laghahaefthat havaer, hemule sik sialft [4]), d. h. der, welcher ersessen hat, were sich selbst, d. h. kann ohne seinen Auctor mit Eidhelfern seinen rechtmäßigen Erwerb beschwören [5]).

Bei den genannten selbstständigen Vindicationsgründen entsteht nun aber die für das Grundprincip äußerst wichtige Frage, ob die Vindication dadurch ganz unbedingt begründet sei, oder ob dabei auf das Recht des Erblassers sowie des Besitzers bei der Confiscation, und das Recht an dem Stoffe der Sache sowie an dem Mutterthiere, Rücksicht genommen sei. Eichhorn (R. G. §. 59. b.) nimmt das erstere an. Allein ganz allgemein ist dies bestimmt nicht richtig. Denn gerade in der oben citirten Hauptstelle heißt es zwar von der Ererbung schlechthin:

1) Defendere, firmare, suiron, vaeria, hemula.

2) So in der Lex Bajuv. l. c. und XVII. 2. Oestgöta-Lagen. Vins. B. c. 6. §. 7. c. 7. E. S. c. 10.

3) Von lagh, Gesetz, und haefth, Besitz.

4) Oestgöta-Lagen. K. B. c. 3. pr.

5) Im Oestgöta-Lagen. E. S. c. 10. schwört der Gewere: at jak havaer laghhaefthat, ok aldrigh mik afhaende utan vith thaenna man; d. h. daß ich habe ersessen, und nie mich enthändigte außer mit diesem Manne.

— dicit: Pater meus reliquit mihi in hereditatem;

und ähnlich in demselben Gesetzbuche XVII. 2:

— dicit: Ego juste jure hereditatis donavi. Ille alius contra: Cur meum donare debuisti, quod antecessores mei antea tenuerunt? Iste vero dicit: Non ita, sed mei antecessores tenuerunt, et mihi reliquerunt.

Dagegen wird aber bei der Fabrication von Sachen gesagt:

— mancipii mei, aut fabri, ex *propria* mea materia laboraverunt.

und bei der Aufziehung von Thieren:

— enutrivi illum in *proprio* domo de *proprio meo* mancipio natum; similiter de jumentis.

und selbst bei der Confiscation heißt es wenigstens:

— dux per *debitam* et *justam* culpam tulit, et *licenter* mihi tradidit.

Damit übereinstimmend ist es, wenn in der oben citirten Stelle des Angelsächsischen Rechts bei Thieren gesagt wird:

— hit of minum *agnum* thingum com, and swa on folcriht min agen is.

und im Dänischen Gesetze für Schonen [1]):

— quod pater rem, de qua agitur, *juste* possedit, et ad filium *sic* jure hereditario sit devoluta.

Auf der andern Seite kommen dagegen allerdings in den Schwedischen Rechten Ererbung, Fabrication von Sachen und Aufziehung von Thieren mehrfach ganz allgemein ohne alle weitere Rücksicht als Erwerbsarten vor.

Westgöta-Lagen. I. J. B. c. 2. §. 1.

Illiz arftakin iorth, — tuer maen skulu vittni baerae, — at thu	Wird vindicirt erbgenommene Erde, zwei Männer sollen Zeug-

1) In der Bearbeitung des Andreas Sunesen IV. 12.

tokt iorth thessae at arvi, — tha skal han svaeriae, at jak tok iorth thessae at arvi, — ok jak a ok thu ikki.

niß tragen, daß du nahmst diese Erde zu Erbe, — dann soll er (selbst) schwören, daß ich nahm diese Erde zu Erbe, und ich habe (sie zu eigen) und du nicht.

Uplands Lagen. V. 18.

Nu delae twe um iorth enae, gripaer annaer til fangae, ok annaer til faethernis, tha scal etc.

Nun streiten zwei um eine Erde, greift der eine zu Erwerb, und der andere zu väterlicher Erbschaft, da soll ꝛc.

Oestgöta-Lagen, *Vins. B.* c. 6. §. 7. c. 7. pr.

— aer that kuiki, tha skal han thaet vita, at han hema födde ok thaer dithi miolk ok mothur spina; aen thaet aeru klathe t. s. h. v. t., at han laet skapa ok skaera, ok han atte nyt ok onöt; aen thaet aer suaerth t. s. h. t. v., at han laet skyggia ok skalpa, ok han atte nyt ok onöt; aen that aeru hus, t. s. h. t. v., at han laet af stamne hugga ok gaera, etc.

— ist das Vieh, da soll er das beweisen, daß er (es) daheim aufzog, und (es) dort sog Milch und Mutter Brust; wenn das sind Kleider, d. s. e. d. b., daß er (sie) ließ schaffen und schneiden, und hatte sie neu und ungenutzt; wenn das ist Schwerdt, d. s. e. d. b., daß er (es) ließ glätten und einscheiden, und hatte es neu und ungenutzt; wenn das ist Haus, d. s. e. d. b., daß er es ließ von Stämmen hauen und bauen ꝛc.

Die Verschiedenheit, die sich hiernach für das Grundprincip herausstellt, liegt am Tage. Wird auf das Recht des Erblassers u. s. w. gesehen, so ist es an sich die Idee des eigentlichen Eigenthums, die der Vindication des Beklagten zu Grunde liegt, da dann das Princip der Continuität des Rechts in den verschiedenen Eigenthümern anerkannt ist. Zwar wird der

Begriff dadurch sehr modificirt, daß der Vindicant sein Eigenthum nur selbst, mit Zeugen und Eidhelfern, beschwört, weil es danach im Resultate mehr nur auf eine Art bonae fidei possessio herauskommt, allein für die zu Grunde liegende Idee an sich ist dieses natürlich einerlei. Kommt dagegen auf das Eigenthum des Erblassers u. s. w. nichts an, so ist das Princip, daß jeder Besitzerwerb, der auf formell rechtliche Weise, nicht durch Diebstahl und Raub, geschieht, ohne Rücksicht auf das Recht des bisher an der Sache Berechtigten, ein Recht an der Sache giebt, welches als proprietas, agen, egha, eighin bezeichnet wird, aber nur so lange dauert, bis ein anderer durch gleichen Besitzerwerb es für sich erwirbt. Ueber den Begriff des bloßen Besitzes und seines Schutzes wäre auch dieses Recht schon hinaus, allein allerdings wäre es noch ein so lockeres und loses Recht, daß das Wort Eigenthum nach dem heutigen Sprachgebrauche kaum darauf angewendet werden könnte. Welche dieser Ansichten die richtige sei, läßt sich bei der Dürftigkeit der Quellen kaum entscheiden. Vielleicht war auch ein Unterschied zwischen den verschiedenen Rechten, oder den verschiedenen Zeiten. Indessen kann die weitere Untersuchung der Frage hier umgangen werden, da das jedenfalls feststeht, daß der Begriff jenes „eigen" als ein eigentliches Recht aufzufassen ist und die Berufung darauf somit den Charakter einer petitorischen Einrede hat, warum es sich hier zunächst nun handelt.

Indessen muß diese Annahme doch noch gegen einen Hauptzweifel, der dagegen erhoben werden könnte, und wirklich erhoben ist, gerechtfertigt werden. Es ist oben gezeigt, daß die bisher besprochene Vindication des Beklagten in den Eidesformeln sich mehrfach in Verbindung mit einer negativen Vertheidigung, einer Reinigung von der Beschuldigung des Raubes oder Diebstahles, vorfindet. Somit drängt sich die Frage auf,

ob die Berufung auf den Besitz und Eigenthumserwerb, worauf die Vindication gestützt wird, wirklich die Bedeutung einer eigentlichen Geltendmachung des Rechtes als solchen habe, oder nicht vielmehr nur als indirecte Widerlegung der Beschuldigung des Raubes und Diebstahles anzusehen sei. Denn es versteht sich von selbst, daß man die Beschuldigung, eine Sache durch Raub oder Diebstahl in Besitz bekommen zu haben, vollständig eigentlich gar nicht anders widerlegen kann, als dadurch, daß man positiv beweist, daß man sie auf eine bestimmte andere Weise bekommen habe. Die Folge dieser Auffassung würde natürlich die sein, daß der Beweis des rechtmäßigen Erwerbes nun den Charakter einer petitorischen Einrede verlieren, lediglich einen Bestandtheil der negativen Vertheidigung oder der Reinigung bilden, und somit dem rein possessorischen Charakter der Klage des Klägers nicht mehr entgegenstehen würde. Es würde sich das namentlich darin praktisch zeigen, daß wenn der Beklagte etwa jenes „eigen" an sich beweisen könnte, aber zugestehen müßte, daß er seinen gegenwärtigen Besitz nicht unmittelbar von jenem Erwerbe an habe, sondern ihn eine Zeit lang verloren und dann erst mit Gewalt wiederbekommen habe, er mit der Einrede nicht zugelassen werden könnte. Allein jene Auffassung ist durchaus unzulässig. Zunächst steht ihr die ganze Ausdrucksweise, die dem Bisherigen zufolge bei der Einrede gebraucht wird, entgegen, da diese durchaus auf dem Standpunkte eines selbstständigen Rechtes und nicht eines bloßen indirecten Gegenbeweises beruht; ferner daß in vielen Stellen bei der Vindication des Beklagten die Erwähnung der negativen Vertheidigung ganz fehlt, und daß dagegen umgekehrt in manchen Fällen die negative Vertheidigung ohne die Vindication möglich ist [1]); und vollständig wird sie durch die Grundsätze

1) Bei Sachen, die man auf dem Markte gekauft hat, kann man sich

des Germanischen Rechtes über die Selbsthülfe widerlegt. Diese ist in den Germanischen Rechten zwar meistens verboten und mit Strafe belegt, allein sie verpflichtet den Thäter nicht unbedingt zur Restitution, sondern läßt ihm, wenn er verklagt wird, stets den Beweis seines Eigenthums offen. Dieser Beweis ist nun aber gar nichts anderes, als eben jene Vindication des Beklagten, so daß also der Beklagte diese selbst dann anstellen kann, wenn er die heimliche oder gewaltsame Besitzeserlangung geradezu eingesteht, zum deutlichen Beweise, daß sie von seiner Reinigung gegen diese Beschuldigung an sich vollständig getrennt ist, und wirklich in der selbstständigen Einwendung eines Rechtes an der Sache gegen die Klage besteht.

Die Beweise für diese Behandlung der Selbsthülfe enthalten folgende Stellen. Zunächst wird in Hauptstellen, worin von der Bestrafung der Selbsthülfe die Rede ist, nur eine Geldbuße genannt, ohne alle Erwähnung der Restitutionspflicht.

Lex Salica. c. 37. §. 1. 2. (al. 40.)

Si quis — animal suum — perdiderit, — debet achramire. Si noluerit, et violenter, quod se agnoscere dicit, tulisse convincitur, 1200 dinar. culpabilis judicetur [1]).

Lex Pippini. (Lombarda, I. 27. c. 10.)

Nullus alteri praesumat res suas sine judicio legali tollere aut invadere, et qui hoc facere praesumserit bannum componat [2]).

ohne Geweren von der Beschuldigung des Diebstahls reinigen, kann die Sache aber nicht durch Vindication behalten. Skaanske Lov. VII. 8. Westgöta-Lagen. I. Th. B. c. 19. §. 13.

1) Aehnlich in der Lex Ripuar. t. 47. c. 1—3.

2) Die Stelle ist von Karl's d. Gr. Sohne. Später wurde allerdings von Guido III. (881—891) für die Lombardei die Bestimmung gegeben: nemini liceat res invadere, — res amittat et bannum componat. Lomb. I. 27. c. 12.

In andern Stellen wird dem Thäter bei Gewaltthätigkeiten und Selbsthülfe der Beweis des Eigenthums ausdrücklich nachgelassen und die Strafe der Restitutionspflicht nur für den Fall, daß er ihn nicht führe, ausgesprochen.

Lex Bajuvar. X. 2. §. 1. XVI. 1. §. 1. 2.

Si in domum per violentiam intraverit, *et ibi suum nihil invenerit*, cum 6. sol. componat.

Si quis agrum invaserit, et dicit suum esse, propter praesumtionem cum 6 solidis componat, et exeat. *Si autem suum voluerit vindicare*, — dicat: „Ego non invasi contra legem, nec debeo exire, quia etc.

Lex Burgund. XIX. 2.

Qui caballum — quasi agnitum pro suo tulerit, *et suum esse non potuerit probare*, caballi alterius amissione damnetur.

Lex Ripuar. LIX. 8.

Si quis interpellatus chartam (emtionis vel donationis) prae manibus habuerit, nulla ei malo ordine invasio requiratur.

Lex Liutprandi. (712—743.) (Lomb. 1. 27. c. 8.)

Si quis sua auctoritate terram alienam sine publico jussu guiffaverit [1]), dicendo, quod sua debeat esse, *et postea non potuerit probare, quod sua sit*, componat cum 6 solidis.

Capitul. de a. 819. c. 9.

— invasor rerum interpellatus — aut easdem res quaerenti reddat, *aut eas* si potest juxta legem se defendendo *sibi vindicet.*

Im Burgundischen und im Isländischen Rechte findet sich end-

1) Von guiffa, Strohwisch, als Zeichen der Besitznahme.

lich sogar eine eigentliche, wenn auch beschränkte Erlaubniß der Selbsthülfe.

Lex Burgund. LXXXIII. 1.

Qui mancipium aut quodlibet suum agnoscit a possidente, — si fidejussorem non acceperit, res praesumendi habeat facultatem.

Grägäs. VIII. 116.

Ef mathr fithr grip siun uti etha inni, oc tecr hann a brot, tha scal hann segia lögföstom mönnom til; ef their ero hia thar a theim bö, en ef their ero eigi hia, tha scal hann fara leith sina, oc segia a naesta bö. — At atferth theirri, tha secs mathr thar a sino eigini, ef hann tecr af theim manni, er heimild hefir til.

Wenn (ein) Mann findet Sache seine außen oder innen, und nimmt er (sie) da fort, da soll er (es) sagen gesetzfesten Männern an, wenn die sind anwesend da in dem Hofe; und wenn die sind nicht anwesend, da soll er fahren Weg seinen, und (es) sagen im nächsten Hofe. — Wenn (ein Mann einem andern mit Gewalt) abführt (das) seinige, dann wird schuldvoll (der) Mann darüber an seinem Eigenthum, wenn er (es) nimmt von dem Manne, der Gewährschaft hat dazu.

Diese Behandlung der Selbsthülfe entspricht auch nicht nur dem allgemeinen Geiste des ältern Germanischen Rechtes, sondern namentlich auch seinem Proceßrechte. Denn wenn der Beweis des Rechtes an der Sache einfach durch das eigene Beschwören des Rechtes geführt wird, so hat offenbar eine vorläufige Besitzrestitution bei der Selbsthülfe keinen rechten Sinn. Sie könnte nur den Zweck haben, dem Beraubten den Vorzug des Beweisrechtes, welcher mit dem Besitze verbunden

ist, wieder zu verschaffen; allein dazu bedürfte es keiner Restitution, sondern nur der Bestimmung, daß das Beweisrecht durch Selbsthülfe nicht erworben werden könne. In den Nordischen Rechten findet sich auch die Bestimmung: man ma aldrigh sik raena til vitzs-ortha [1]), d. h. man mag nie sich rauben zum Beweisworte; indessen scheint sie auch dort nicht allgemein, sondern nur zwischen Käufer und Verkäufer gegolten zu haben [2]), und in den ältern Deutschen Rechten ist keine Spur davon.

Hiernach können denn auch folgende Stellen keinen Zweifel mehr erregen:

Lex Salica. c. 18. §. 2. 3. c. 64. §. 1. (al. c. 61.)

Si quis villam adsalierit alienam, et ibidem ostia fregerit, canes occiserit, aut hominem plagaverit, vel in carro aliquid exinde duxerit, 8000 dinar. culpabilis judicetur, et quidquid inde abstulit in locum restituat.

Si quis alteri de manu aliquid per vim tulerit et raubaverit aut exspoliaverit, rem reddat et insuper 1200 dinar. culpabilis judicetur [3]).

Legg. Inae. c. 9.

Gif hwa wrace do, aerthon he him rihtes bidde, thaet he him on nime, agyfe and forgyld and gebete 30 scill.	Wenn Jemand Rache thut, ehedenn er sich Recht bittet, was er ihm darauf nahm, gebe (er zurück) und vergelte (es) und büße 30 Schill.

Die erste derselben spricht überhaupt gar nicht speciell von Selbsthülfe, sondern im allgemeinen von Raub und Plünderung, und

1) Oestgöta-Lagen. Vins. B. c. 4. Westgöta-Lagen. II. Th. B. c. 58
2) Im Dänischen Rechte ist dieses außer Zweifel. Skaanske Lov. IV. 17
3) Auf diese Stelle beruft sich Dunker (Zeitschr. f. D. Recht. B. 2. S. 34. 35.) zum Beweise des possessorium bei der Selbsthülfe.

steht daher mit den obigen Stellen gar nicht im Widerspruche. Die zweite spricht zwar von Selbsthülfe, aber von Selbstrache, so daß bei den Sachen an Wegnahme fremder, nicht an Wiederverschaffung eigener zu denken ist. Einen wirklichen entschiedenen Gegensatz zu der bisherigen Behandlung der Selbsthülfe bildet dagegen allerdings eine Bestimmung in dem Gesetzbuche des Norwegischen Königs Magnus.

Gula-things-laug. VII. 1.

— engi madr scal fyrir audrom taka —. Enn sa er fyrir audrom tekr, tha scal hann that aptr faera, — ok saeki sitt at laugom sidann.	— kein Mann soll fort (einem) andern (etwas) nehmen —. Wenn so Jemand fort (einem) andern (etwas) nimmt, da soll er das zurückgeben, — und fordern (das) seinige nach (den) Gesetzen dann.

Indessen kann die Stelle hier kaum in Betracht kommen, da das Gesetzbuch erst vom J. 1279 ist, und wie Wilda (Str. S. 25) sagt, „mannichfach die Spuren der Hinneigung zu einem modernen Rechtsleben an sich trägt."

Das Resultat ist somit, daß die Klage des Germanischen Rechts auf Wiedererlangung verlorenen Besitzes petitorische Einreden, namentlich die des Eigenthums, allerdings zuläßt, daß sie somit einen vollständig possessorischen Charakter keinesfalls habe.

Nach der Beantwortung dieser ersten Frage macht jetzt die zweite, nämlich die, ob die Klage auf Wiedererlangung des Besitzes nicht wenigstens von Seiten des Klägers possessorisch sei, also nur auf dem frühern Besitze, nicht einem Rechte an der Sache beruhe, geringere Schwierigkeiten mehr. Sie ist unzweifelhaft zu verneinen. Zwar läßt sich keine Stelle anführen, worin dem bloßen Besitzer für den Fall des Besitzesverlustes die Restitutionsklage ausdrücklich abgesprochen und das

Recht zu derselben ausdrücklich auf den Eigenthümer beschränkt wäre. Allein die ganze Behandlung der Klage in den Quellen zeigt auf das bestimmteste, daß man dabei im allgemeinen durchaus von derselben Idee und denselben Voraussetzungen ausging, wie bei der bisher beschriebenen defensiven Vindication des Beklagten. Es ist dies auch sehr natürlich. Ein possessorisches Klagerecht mit petitorischen Einreden ist schon an sich immer etwas Auffallendes. Ganz unwahrscheinlich muß aber ein Schutz des bloßen Besitzes in einem Rechtssysteme sein, welches, wie das Germanische, den Beweis des Eigenthums durch das eigene Beschwören des Klägers geführt werden läßt. Wer hier sein Eigenthum nicht beschwören will, erklärt sich damit eigentlich von selbst für einen Dieb oder Räuber, und kann daher unmöglich einen Anspruch auf rechtlichen Schutz haben, und eben so wenig kann dieser dem zu Theil werden, der so wenig Glauben hat, daß er keine Eidhelfer findet. Nur die Erleichterung läßt sich hier für den Kläger denken, daß er sein Eigenthum nur im allgemeinen, ohne Angabe des Titels und namentlich ohne Stellung seines Auctors zu beschwören braucht. Dies nimmt denn auch das Germanische Recht wenigstens bei Mobilien an, was um so natürlicher ist, da es den Kläger erst nach dem Beklagten zum Beschwören seines Eigenthums zuläßt. Im Resultate wird die Klage dadurch allerdings vollständig zu einer Klage aus bonae fidei possessio.

Die Beweise für diese Behauptungen liegen in Folgendem. Zunächst wieder im Sprachgebrauche. Die Klage auf Wiedererlangung eines widerrechtlich verlorenen Besitzes wird gerade ebenso wie die positive Vertheidigung des Beklagten gegen die Klage durch vindicare, achramire, agnian bezeichnet, und zwar zum Theil in der allerunmittelbarsten Entgegensetzung, wie z. B. in den oben citirten Stellen:

Agnunge bith ner thaem, the haefth, thonne thaem, the afterspraecth.

— he agnige hit, odde agife tham, the hit age.

— usque in tres noctes (actor) debet achramire, tribus noctibus exactis (reo) liceat achramire.

Ebenso werden dann auch die Ausdrücke proprium, dominus, agen, aegha u. s. w. in gleicher Weise vom Kläger wie oben vom Beklagten gebraucht.

Lex Alamann. c. 87.

Si quis res suas invenerit, et ille contradixerit et convictus fuerit, cum 12 sol. componat, quia proprietatem ejus contradixit.

Legg. Rotharis. c. 235. (Lomb. II. 28. c. 1.)

— ille qui se proprium dominum dicit esse — si cognitum fuerit, quod malo ordine vindicasset.

Legg. Lothar. et *Eadric.* c. 7.

Gif man feoh forstole, and se agend hit eft aetfo, — fo se agend to.	Wenn (ein) Mann Vieh stahl, und der Eigenthümer es nachher anfaht, — fahe der Eigenthümer zu.

Legg. Canuti. I. 22. §. 1. (auch §. 2. 3.)

— ac agife man tham agenfrigean his agen —	— und gebe man dem wahren Eigenthümer sein eigen.

Westgöta-Lagen. I. Th. B. c. 10. pr.

En mathaer kaennir grip sin i annaers mans handum, — tha skal aeftir fara, aer sik kallaer aeghae, ok etc.	Wenn Jemand erkennt seine greifbare (Sache) in andern Mannes Händen, — da soll nachfahren, wer sich nennt Eigenthümer, und ꝛc.

Namentlich ist auch der Eid, den der Kläger zu schwören hat, wie der des Beklagten, auf Eigenthum, nicht blos auf

frühern Besitz gestellt, ja öfter ist das Eigenthum dabei besonders scharf hervorgehoben.

Lex Ripuar. XXXIII. 1.

Si quis rem suam cognoverit, — juret, quod in propriam rem manum mittat.

Leges Wallicae. III. 39.

— jurabit, animalis dominum nullum esse praeter se, qui idem vendere jure possit, et idem se nunquam alienasse, sed furto ablatum fuisse, vel per negligentiam amissum.

Legg. Edgar. II. 10.

— oth that the agenfrige mid gewitnesse him thaet orf geahnige.

— bis daß der wahre Eigenthümer mit Zeugniß sich das Thier eigene.

Eriks Siell. Lov. III. 21. (al. V. 15.)

— ok han skal swaeriae, thaet thaer aeghendae aer at: bithiae sik swa guth hiaelpae ok holl warthae, sum han aer at thaet raet aeghendae, ok a thaet maeth raettae.

— und er soll schwören, daß (er) da Eigenthümer ist zu: (er) bitte, ihm so Gottes Hülfe und Huld werde, als er sei zu dem rechter Eigenthümer, und (dann) hat (er) das mit Rechte.

Westgöta-Lagen. I. Th. B. c. 8. §. 1. c. 14. 17.

— tha skal hin — svaeriae, at thaenni gripaer var fra maer stolen, — ok jak a ok thu ikki.

— da soll er — schwören, daß diese greifbare (Sache) war von mir gestohlen, — und ich habe (sie zu eigen) und du nicht.

Dazu kommt endlich, daß bei Immobilien der Kläger vollständig wie der Beklagte den Titel seines Eigenthums, der hier natürlich nur in Erbschaft oder Tradition bestehen kann, angeben und bei der letzteren sogar wie jener einen Gewehren produciren muß [1]).

1) Im Jydske Lov. II. findet sich die Angabe des Titels selbst bei Mobi-

Lex Bajuvar. XVI. 1. XVII. 2.

— dicat ille, qui quaerit: Ego — possedi usque hodie, et pater meus reliquit mihi in possessione sua. — Dicit, cur invadere conaris territorium, quod ego juste jure hereditatis donavi. Ille alius contra: cur meum donare debuisti, quod antecessores mei antea tenuerunt.

Uplands - Lagen. V. 18.

Delae twe um iorth enae, sighiae bathir, fang waerae, tha aghu fangae maen sinae fram latae komae, ok ther aghu i hemult at standae.

Streiten zwei um Erde eine, sagen beide, erworben wäre (sie), da haben (sie) Erwerb Männer ihre herbei lassen (zu) kommen, und diese haben in Gewerschaft dazu (zu) stehen.

Nu delae twe um iorth enae, gripaer annaer til fangae, ok annaer til faethaernis, tha skal han fangaemaenni fram latae komae; gitaer han iorth hemulaet, tha hawi thaen iorth, sum fangit hawaer; gitaer han aei, tha waeri maeth faethaernis witu sinni ataertan mannae ethe.

Nun streiten zwei um Erde eine, greift (der) eine zu Erwerb, und der andere zu väterlicher (Erbschaft), da soll er Erwerbsmänner herbei lassen kommen; kann er Erde weren, da habe die Erde, wer erworben hat; kann er nicht, da were mit väterlichem (Erbschafts) Zeugniß dann 18 Männer Eid.

Oestgöta-Lagen. E. S. c. 15. §. 4.

Nu staemna tue maen firi iortha delu, ok vaeria bathir, tha skal etc.

Nun verklagen (sich) zwei Männer für Erd Proceß, und weren beide, da soll 2c.

lien: — oc wil hin sighae, ther a kallaer, at that aer hans hemmaeföd, tha a han at baerae fyls witnae til, at that aer hans hemmaeföd, d. h. und will jener sagen, der darauf klagt, daß das ist sein daheim aufgezogenes (Vieh), da hat er zu tragen volles Zeugniß dazu, daß das ist sein daheim aufgezogenes.

Hiernach kann wohl kaum mehr ein Zweifel bleiben, daß die Idee, die dem bisher besprochenen Klagerechte zu Grunde liegt, durchaus die einer petitorischen, nicht einer possessorischen Klage ist. Allerdings wird, wenigstens bei Mobilien, im Grunde gar nichts weiter verlangt, als bonae fidei possessio, und bei der Leichtigkeit des Beweises kann es überall leicht kommen, daß auch der Nichteigenthümer, der widerrechtliche Besitzer, mit der Klage gewinnt; allein das trifft nur die eigenthümliche Gestaltung, nicht aber das Dasein des petitorischen Charakters der Klage an sich. Die Grundidee war, nur das Recht, und nicht den bloßen Besitz, zu schützen, und nur darauf kommt es hier an.

Zieht man daher zum Schlusse das Resultat aus der ganzen bisherigen Darstellung für die Behandlung des Besitzes im ältern Germanischen Rechte, so geht dieses im allgemeinen dahin, daß der Besitz einen eigentlichen unmittelbaren Schutz gar nicht hat, weder so, daß der Besitzer ohne Rücksicht auf sein Recht in seinem Besitze geschützt würde, bis ein Anderer ein Recht auf den Besitz bewiesen hat, noch so, daß der Besitzer beim Verluste des Besitzes rein aus dem Besitze eine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes hätte; sondern das einzige Recht des Besitzers ist, abgesehen natürlich vom Rechte der Selbstvertheidigung, daß er im Vindications-Processe das Vorrecht hat, zuerst sein Eigenthum zu beweisen, daß also, wie das Angelsächsische Recht sagt:

Agnunge bith ner thaem the haeft, thonne thaem the afterspraecth[1]).

1) Es steht das mit dem andern Principe in Verbindung: a bith andsaec swithere thonne onsagu, d. h. immer ist läugnen stärker als behaupten. Legg. Aethelr. III. 10. §. 4.

§. 37.

Das Deutsche Recht des Mittelalters. Sachenbesitz.

De in geweren het, is neger to beholdene, wen jemande of to winnende [1].

In diesen Worten ist der Grundsatz, der in seiner Angelsächsischen Fassung den Schluß des vorigen Paragraphen bildete, auch im spätern Deutschen Rechte ausgesprochen. Er bildet auch hier die Grundlage des Besitzrechts, und ein Schutz des Besitzes durch possessorische Klagen findet sich auch hier neben ihm so wenig wie im ältern Germanischen Rechte. Dagegen erscheint die ganze Lehre jetzt in bei weitem reicherer Entwicklung, namentlich findet sich jetzt auch ein Besitz von Rechten, und einzelne Anfänge und Spuren eines eigentlichen Besitzesschutzes fangen allerdings auch an hervorzutreten, werden dann aber durch das Eindringen des Römischen Rechts an ihrer selbstständigen Ausbildung verhindert.

Dieses ist das allgemeine Resultat der nachfolgenden Untersuchungen. Bei der nähern Ausführung ist zuerst der Sachenbesitz zu nehmen. Läßt man hier jene Anfänge einer neuen Behandlung zunächst noch außer Acht, und verfolgt zunächst nur die Fortdauer des alten Standpunktes, so zeigt sich diese bei der Anwendung des obigen Grundprincipes zuvörderst namentlich in dem Falle, wenn beide Parteien den Besitz zu haben behaupten, und daher beide das Beweisrecht für sich in Anspruch nehmen. Eine Entscheidung über den Besitzstand neben der über das Recht ist hier unvermeidlich; dennoch ließ das herrschende Beweissystem es auch hier nicht zu einem eigentlichen possessorischen Verfahren kommen. Allerdings ist Grund-

1) Sachsensp. Ld.-R. II. 36. §. 3. Richtst. Ld.-R. 17. 21. Ln.-R. 29.

saß; daß man den Besitz „mit getügen," das Recht „uppen hilgen" behalte [1]); allein es führte dieses keineswegeş zu einem selbstständigen Verfahren über den Besitz. Denn diese „getügen" sind von einem modernen Zeugenbeweise bekanntlich gar sehr verschieden, sie beschwören den Besitz nur im allgemeinen, von einer eigentlichen Untersuchung des Besitzstandes durch den Richter selbst ist gar keine Rede, und der Charakter des Beweises als eines Rechtes kommt auch hier vollständig zur Anwendung. Es wird daher lediglich nach bestimmten, zum Theil erst aus dem Rechte selbst genommenen Rücksichten [2]) stets einer der Parteien das Recht zugesprochen, erst ihren Besitz und dann in Folge davon ihr Recht auf die erforderliche Weise zu beweisen. Das Verfahren gestaltet sich daher nur so, daß die Parteien zunächst alle ihre Behauptungen über ihren Besitz und über ihr Recht vorbringen, und daß man diese dann „gegeneinander [3]) abwägt, und hiernach den Beweis ertheilt, der sodann Besitz und Recht zugleich umfaßt, so daß zuweilen ein doppelter Beweisact, aber nicht ein vom petitorium geschiedenes possessorium stattfindet" [4]).

Bei diesem Streite über den Besitz findet sich übrigens wenigstens bei Immobilien der Grundsatz des Nordischen Rechts: man ma aldrigh raena sik til vitzsortha, jetzt auch im Deutschen Rechte angenommen. Im Schwabensp. Ln=R. 96. (ed. Laßberg) heißt es:

1) Sachsensp. Ld=R. I. 20. §. 6.

2) Zunächst wird auf das Alter des Besitzes gesehen, dann aber auch auf die Zeit des Titels, z. B. der Belehnung, ferner ob man Lehn oder Eigen anspricht, ob man sich auf Erbschaft oder Uebertragung beruft u. s. w.

3) Worte Homeier's in seinem Systeme des Alt=Sächsischen Lehnrechts, in s. Ausg. d. Sachsensp. Th. 2. B. 2. S. 407.

4) Ein besonders anschauliches Beispiel giebt der Richtst. Ln=R. c. 29. S. auch Sachsensp. Ld=R. I. 20. §. 4—7.

Svem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen. (Vgl. Art. 77.)

und ähnlich im Bairischen Ld=R. 203:

Ob jemant ains lehens wurd entwert von gewalt, daz sol dem unschedlich sein an seiner gewer, und sol sten in allem dem rechte, alz des tages, da er sein entweret ward.

Dieses kann natürlich nicht heißen, daß man trotz der Dejection den factischen Besitz behalte, sondern nur, daß man, wie das Bair. Ld=R. sagt, „in allem dem rechte sten" bleibt, welches man hatte, also namentlich die Lehnfolge und das Beweisrecht behält. In dieser Weise findet sich der Satz denn auch im Sächsischen Rechte, welches den Verlust der Gewere an sich zugiebt. Im Sachsensp. Ln=R. 11. §. 1. und 14. §. 1. heißt es:

Svelk gut man nimt mit gewalt deme manne, dat erft he, al (obgleich) he darve der gewere. —

Doch ne het dat nen recht gewere, dat die man mit gewalt besitt.

und die Fortdauer des Beweisrechtes insbesondere bestätigt der Richtst. Ln=R. 29. §. 2. 3., und namentlich ein Schlesisches Schöffenurtheil [1]), in welchem es vom Entwerten heißt, daß er:

— nehir ist, bey sulchir were czu bleybin, denne sy ymand gebrechin moge [2]).

Man hat also hier gewissermaßen die exceptio vitii beim interd. Uti possidetis in deutschrechtlicher Form.

Natürlich mußte es bei dieser Behandlung des Besitzstreites öfter kommen, daß namentlich bei Immobilien die Behaup=

1) In Böhme's Beitr. z. Schles. Rechte. Bd. 6. S. 152.

2) Auch der erste Landfrieden Friedrich's I. (§. 7. 8.) wird hieraus zu erklären sein.

tungen und Ansprüche der beiden Parteien auf das Beweisrecht einander ganz gleich standen. Für diesen Fall trat dann ein außerordentliches Entscheidungsprincip ein. Zunächst werden nämlich die „umbesetenen", d. h. die Nachbarn, zum Zeugniß über den Besitzstand aufgefordert, und für welche Partei sich dann die Mehrzahl derselben entscheidet, „die behalt die gewere." Theilen sich aber die Stimmen gleich, so wird entweder nach vorgängigem Eide beider Parteien das Gut zwischen ihnen getheilt, oder muß sich einer auf ein Gottesurtheil berufen [1]).

Von einem eigentlichen judicium possessorium retinendae possessionis ist hiernach also im Deutschen Rechte durchaus keine Rede. Auch die Klage auf Schutz des Besitzes gegen Störung, die Albrecht (Gew. S. 5) im Richtsteig Ld=R. II. 7. hat finden wollen, ist unbegründet. Die Stelle spricht davon:

— auff dem gutt sey frevel geschehen, den sol man bessern.

Sie untersucht, wer das Recht auf Ersatz und Buße habe, der Lehensherr, der Vasall, der Pächter, der Pfandgläubiger, und stellt als Princip den Satz auf:

— wissent kurz: wes der schad ist, dem geburt die clag davon.

Es handelt sich hier also nur von einer einfachen Schadensersatzklage, und die Annahme einer Besitzklage bei Albrecht ist wohl nur eine Folge der Ansicht mancher Romanisten, daß das interd. U. P. bei jeder Beschädigung einer Sache, auch wenn darin kein Angriff auf den Besitz als solchen liegt, stattfinde. In den Stellen, wo von einem wirklichen Angriffe auf den

1) Sachsensp. Ld=R. III. 21. Ln=R. 40. Richtst. Ln=R. 29. §. 3—5. Schwabensp. Ln=R. 73. Vgl. Homeier, Sachsensp. Th. 2. B. 2. S. 618 bis 622.

Besitz als solchen die Rede ist, also wo der Kläger gegen den andern klagt, „he neme ime sin gut oder sin lene" [1]), wird die Klage durchaus petitorisch behandelt.

Eben so wenig wie ein possessorium retin. poss. hat das Deutsche Recht dieser Zeit auch ein possessorium recuper. poss. ausgebildet. Das Klagerecht, welches sich für die Wiedererlangung von Sachen, die man durch Diebstahl, Raub und Dejection verloren hat, findet, hat vielmehr im wesentlichen noch durchaus denselben Charakter, wie das des ältern Rechtes für diese Fälle. Es ist an sich seiner Idee nach eine wirkliche Eigenthumsklage, die nur im Resultate durch das eigenthümliche Beweissystem modificirt wird. Ja die Idee des Eigenthumes erscheint darin jetzt noch bestimmter und entschiedener als früher; denn die Ererbung kann jetzt ganz entschieden nicht mehr als selbstständiger Erwerbsgrund in Betracht kommen, sondern nur noch das Recht des Erblassers übertragen [2]), und bei Fabrication von Sachen und Aufziehung von Thieren kann jetzt die Frage nach dem Eigenthume am Stoffe und dem Mutterthiere stets vom Kläger in die Vindication des Beklagten hereingezogen werden [3]). Auf der andern Seite ist aber bei Immobilien durch die Bildung der der laghahaefth des Nordischen Rechts entsprechenden „rechten Gewere" die Klage erleichtert. Bei der nähern Ausführung sind die Mobilen und Immobilien zu trennen.

1) Sachsensp. Ld=R. II. 42. Richtst. Ln=R. 29. §. 1.

2) Sachsensp. Ld=R. III. 31. Richtst. Ld=R. 16. Doch scheint der Standpunkt des ältern Rechts noch insoweit nachzuwirken, daß das Eigenthum des Erblassers nicht durch Geweren begründet, sondern blos beschworen zu werden braucht. Sachsensp. Ld=R. I. 15. §. 1. Stadtr. v. Goslar. I. 4. §. 5.

3) Richtst. Ld=R. 17. Freisingisches Rechtsb. ed. Westenr. §. 79. ed. Maurer. II. 33. n. 2. Es ist somit unrichtig, wenn man häufig die Specification auch nach Deutschem Rechte als Eigenthumserwerbsart anführt.

I. Bei **Mobilien**, wo die Klage bekanntlich „anevang“ heißt, ist zunächst die Vertheidigung des Beklagten, um auch hier wieder mit dieser anzufangen, im wesentlichen ganz wie im ältern Rechte; doch erscheint sie jetzt in weiterer Ausbildung. Sie kann

1) eine einfach negative sein, wenn der Beklagte sich nur vom Verdachte des Diebstahls reinigen und die Legitimation des Klägers zur Sache abwarten will. Dies ist der Fall, wenn er die Sache auf dem Markte gekauft, oder sie gefunden, Räubern abgenommen, durch Wasser zugeflossen erhalten, durch Verwechslung einem Andern genommen hat u. dgl. [1]).

2) eine positive, wenn der Beklagte ein Recht an der Sache in Anspruch nimmt, und zwar

a) Eigenthum. Hier muß der Beklagte wie früher entweder einen originären Erwerbsgrund nachweisen, oder seinen Auctor als Geweren stellen, außer wenn er die Sache vom Kläger selbst erworben hat, in welchem Falle er ein einfaches Beweisrecht hat [2]). Die originären Erwerbsgründe sind aber vermehrt durch die bekannten Bestimmungen über gefundene, erblose, über See gekommene Güter u. s. w.

b) Recht an fremder Sache, namentlich durch Leihe oder Pfand. Hier kann sich der Beklagte nur auf derivativen Erwerb vom Kläger selbst oder einem Dritten berufen; im erstern Falle hat er einfaches Beweisrecht, im letztern muß er seinen Auctor als Geweren stellen [3]).

Daß der Anefang in Betreff der Vertheidigung des Be-

1) Sachsensp. Ld=R. II. 29; 36. §. 4; 37. §. 1. 2. III. 89.

2) Sachsensp. Ld=R. II. 36. §. 3. 5. III. 4. §. 1. Richtst. Ld=R. 13. 16. 17. Culm. R. V. 5.

3) Sachsensp. Ld=R. III. 5. §. 1. 2. Richtst. Ld=R. 14. Stadtr. v. Goslar. III. un. §. 56.

klagten durchaus petitorisch behandelt wird, Einreden aus dem Rechte an der Sache vollständig zulässig sind, kann hiernach wohl kaum in Zweifel gezogen werden. Bestätigt wird es durch die Behandlung der Selbsthülfe in jener Zeit. Diese wird zwar im allgemeinen gemißbilligt, und unter Umständen gestraft [1]); allein zur Restitution verpflichtet sie den Thäter, wie früher, in der Regel nur, wenn er hinterher sein Recht an der Sache nicht beweisen kann:

Schwabensp. Ld-R. 309.

Swez sich der Man underwindet mit unrehte, *und ihm daz vor gerihte an gewunnen wirt*, daz sol er — buezzen. Swez sich der man underwindet mit dez willen, *dez ez ist*, der tuot *wider nieman* [2]).

Sachsensp. Ld-R. II. 25. §. 1. III. 47. §. 1.

Wirt en man beklaget umme roflike gewere, — de richtere sol — richten umme den rof — aller erst. Tu hant dar na sal he ine geweldigen siner gewere, *of it jene*, uppe den die klage gat, *nicht ne weder redet mit rechte* [3]). — Svie dem anderen *des sines* icht nimt mit gewalt, — dat sal he weder geven mit bute.

Verm. Sachsensp. I. 43. d. 6.

Welch man mit ungerichte gud anspricht, *und das im bruch wirt vor gericht*, er mus buse.

Wie die Vertheidigung, ebenso hat auch die Klage noch wie im frühern Rechte den Charakter einer petitorischen. Der Kläger klagt wesentlich aus seinem Eigenthume. Er

1) Zweiter Landfr. Friedrich's I. §. 2. Landfr. Friedrich's II. c. 4. Schwabensp. Ld-R. 81. 191. 235.

2) Vgl. Sachsensp. Ld-R. III. 43.

3) Vgl. II. F. 22. §. 1. Si vasallus conqueritur de domino, quod feudum malo ordine intravit, — restituat, vel judicio curiae se committat. Erster Landfr. Friedrich's I. §. 7. 8. (II. F. 27.)

braucht zwar, wie früher, keinen Titel seines Eigenthums anzugeben, sondern muß sein Eigenthum nur im allgemeinen beschwören; allein dies betrifft auch hier nur die praktische Ausführung, nicht die Idee der Klage an sich. Der Beweis hiefür liegt in den Bestimmungen, die sich über das Beweis- und Eidesthema des Klägers finden. Die gewöhnliche Vorschrift ist hier die, der Kläger müsse beweisen, „daß die Sache zu der Zeit, als sie ihm gestohlen oder geraubt wurde, sein war, und noch jetzt sein sei." So findet sich das Beweisthema bestimmt im Schwabensp., im Bairischen Rechte, im Magdeburger Rechte, und in den von ihm abstammenden Rechten [1]), und in den Stadtrechten von Hamburg, Stade, Riga, Lübeck, Goslar, Lüneburg, Prag [2]). Dieses „sein" kann der Sprache nach nur von einem Rechte an der Sache, nicht vom bloßen Besitze verstanden werden, namentlich wenn man den Besitz hier ganz allgemein für jede Detention nehmen will; denn es wäre ja fast widersinnig, einen besondern Beweis der Detention zur Zeit des Diebstahls, der ja ohne diese gar nicht sein kann, zu verlangen. Noch weniger ließe sich danach die Fassung der Stadtrechte von Hamburg, Riga und Stade erklären, wonach der Kläger:

— schal tugen mit guden luden, dat dat gud syn sy, unde sweren allene, dat it eme afgerovet ofte afgestolen sy.

Dazu kommt dann noch weiter, daß in manchen Stadtrechten

1) Schwabensp. Ld-R. 57. Bair. R. 38. Das Magdeb. R. findet sich zuerst im Magdeb. R. für Breslau vom J. 1295. §. 6. 7., dann aber mit wenigen Aenderungen im Magdeb. R. für Görlitz 47., im Weichbildr. 131. 134., im Culm. R. III. 130. 133. und im Verm. Sachsensp. IV. 42. d. 25. Der Sachsensp. giebt kein bestimmtes Eidthema. Vgl. Ld-R. II. 29. 36. §. 4. 7. 37.

2) Hamb. XII. 5. Sta. XI. 5. Ri. 148. Lüb. ed. Hach, Cod. III. 397. Gosl. IV. 2. §. 3. Lün. in Dreyer's Nebenst. S. 381. Prag. 114.

das Erforderniß des Eigenthums ganz bestimmt und ausdrücklich verlangt ist:

Stadtr. v. Augsburg. 134. 159. (auch 297. §. 2. 298.)

— bereden, dass es sin eygen gut si —

— bereden, dass dat sien eigentlich gut wär —

Stadtr. v. München. 75.

— sweren, daz ez ze der zeit sein aigen guot waer, e daz ez im verstoln wurd, und heut sein sey.

Stadtr. v. Freiberg. 9—11.

— sweren, daz daz pfert sin were, e iz im abegeroubet wurde, und noch sin si mit mererme rechte, denne anderes imandes.

Stadtr. v. Bamberg. 110.

— sweren, daz im dy habe geraupt oder verstoln, und on reht entwert sey worden, und auch, daz dy selbe habe sein vor gewesen sey, und noch billicher sey denn yemant anders.

Ja in zwei Stellen findet sich selbst eine Rücksicht auf den Erwerbstitel des Eigenthums:

Weichbildrecht. 88. 91.

Wirt ein pfert geanvanget mit rechte, — yener, der das pfert geanvanget, der spricht also: her richter, ich han das pfert gekauft vor frommen leuten auf dem freyen markte umb meyn reyn gut. dyser hat das pfert geanvanget.

Wo eyn man — ein pfert oder vich angevangen hat, der — soll bezceugen, das er es tot und lebennde habe gezcogen [1]).

1) Diese bei einem lebenden Thiere höchst sonderbare Formel findet sich

Lübisches R. Cod. II. Art. 82.

— hebbe vullen tuch, dat (dat perdht) in sime stalle were levendich unde dot, unde dat it darinne gevodet [1]) were —

Mit diesen Bestimmungen ist die Annahme, daß jeder Besitzer oder gar jeder Detentor rein als solcher die Klage anstellen könne, durchaus unvereinbar, und man muß nothwendig das Recht des Eigenthums als die eigentliche Grundlage der Klage ansehen. Nur insofern leidet dieses eine Modification, als allerdings in den Fällen, wo die Regel „Hand muß Hand wahren" eintritt, das Vindicationsrecht vom Eigenthümer auf Nichteigenthümer übergeht [2]). Indessen hebt dieses den petitorischen Charakter der Klage durchaus nicht auf, da ja dann doch immer ein bestimmtes vom Eigenthümer abgeleitetes Detentionsrecht den Grund der Klage bildet. Es ist dieses namentlich dann außer Zweifel, wenn man den Umfang der Anwendung jener Regel, wie man nach dem neuern Zustande der Quellen muß, in einer etwas andern Weise bestimmt, als es von Albrecht [3]) geschehen ist. Albrecht will dieselbe an sich ganz allgemein bei jeder Hingabe von Sachen zu fremder Detention anwenden, und meint nur, daß dieselbe in einzelnen Stadtrechten auf die Fälle der Hingabe der Sache zu „selbstnützigem Zwecke" des Empfängers beschränkt sei. Allein man

mehrfach: Freising. R. ed. Westenr. 79. ed. Maurer, II. c. 33. n. 2. Culm. R. III. 129. Stadtr. v. Bremen, ord. 61. Verden, 149. Im Culm. R. heißt es sogar: her habe is tot und lebende uf synem myste von yogunt uf getzogen.

1) Das Rev. Lüb. R. III. 1. 3. übersetzt dieses durch „füttern," allein eigentlich hat man darunter wohl das „hemmae föd" des Jütischen und der übrigen Nordischen Rechte zu verstehen.

2) Die Begründung der Regel an sich muß hier vorausgesetzt werden.

3) Die Gewere. S. 86 ff. S. 92. ff.

muß das Verhältniß gerade umgekehrt bestimmen. Allerdings nehmen einzelne, namentlich Süddeutsche, Rechte die Regel ganz allgemein, allein die vorherrschende Ansicht war, daß der Uebergang des Vindicationsrechtes nur bei der Hingabe zu eigenem Interesse des Empfängers, also bei Leihe, Miethe, Pfand u. dgl. eintrete, bei der Hingabe im Interesse des Gebers dagegen, also bei der Hingabe zur Aufbewahrung, Bearbeitung, Transportirung, Verkauf u. dgl., eine einfache Stellvertretung des Besitzes des Eigenthümers anzunehmen sei. Das Princip des Ueberganges in jenen Fällen war aber, daß man bei Mobilien, anders als bei Immobilien, zwar wohl verschiedene Rechte an der Sache, z. B. Eigenthum und Pfandrecht, aber doch nur eine Gewere, nur ein Besitzrecht, annahm, und diese zwar Jedem zuerkannte, der die Sache für sich, d. h. zu seinem eigenen Interesse, in Detention habe, nicht aber dem, der gar keine eigene Gewere haben will, sondern nur Stellvertreter fremden Besitzes sein will [1]). Der Beweis hierfür liegt in Folgendem.

Albrecht's Ansicht über die Allgemeinheit des Ueberganges der Vindication beruht hauptsächlich auf der Lesart, die die ältern Ausgaben des Sachsensp. in der Hauptstelle über die ganze Frage, nämlich Ld-R. II. 60, haben:

Welcher man leihet habe, oder versetzt, *oder* zu welcher weise die aus seinen geweren komt —

Nun ist aber schon früher durch Cropp [2]) und jetzt vollständig durch Homeier's Ausgabe des Sachsensp. nachgewiesen, daß jenes „oder“ erst in den gedruckten Ausgaben eingeschoben ist, sich aber in keiner einzigen Handschrift findet. Ohne dasselbe

1) Es ist also hier gewissermaßen das Seitenstück zu dem „abgeleiteten Besitze“ des Römischen Rechts.

2) In Hudtwalcker's Criminalist. Beiträgen. B. 2. S. 259. n. 32.

kann aber der Satz „zu welcher etc.“ nicht den Sinn haben, auch die andern Fälle der Hergabe aus der Gewere dem Leihen und Verpfänden gleich zu stellen, sondern nur diese beiden Fälle selbst näher zu bestimmen, so daß also die dann hinterher folgende Bestimmung des Artikels auf sie beschränkt bleibt. Noch mehr tritt dieses in der Lesart, die Homeier aus einer Mainzer Handschrift anführt, „so daz“ anstatt „zu welcher weise,“ hervor, und in dem Hamburger Stadtrechte, welches die Stelle des Sachsensp. unter Auslassung der Verpfändung so wiedergiebt [1]):

So welk man lenet syn perd, ofte cleet, ofte welker hande gut dat sy, *unde* to welker wit he dat ute sinen weren let —

wozu die Langenbeck'sche Glosse die Bemerkung hinzufügt:

Uth dessem artikel kamet de ghemene rede, dat leenth gudt sy egen gudt, (welck is wedder de natur, unde mach nicht bestan.)

Dazu kommt, daß der Sachsensp. selbst bei der Unterschlagung der Sachen der Herrschaft durch das Gesinde der Herrschaft die Vindication giebt [2]), und der Richtst. Ld=R. c. 9. die Unterschlagung von deponirten Sachen, ebenso wie die von gefundenen, für Diebstahl erklärt, woraus die Zulässigkeit des Anefangs für den Deponenten von selbst folgt. Wenn man nun aber den Sachsensp. auf diese Weise auffaßt, so versteht es sich von selbst, daß alle die Bestimmungen der Stadtrechte, wonach der Eigenthümer den Anefang behält, wenn er die Sache seinem Gesinde [3]) oder Andern zur Aufbewah-

1) Stadtr. v. 1270. IX. 21. von 1292. M. 17. von 1497. L. 11.

2) Ld=R. III. 6. §. 1., womit die Saalfelder Stat. Art. 11. zu vergleichen sind.

3) Die obige Stelle des Sachsensp. findet sich wörtlich wieder im Verm.

rung [1]), Bearbeitung [2]), zum Transporte [3]), Verkaufe [4]) u. dgl. übergiebt, worin Albrecht nur principlose Anomalieen sieht, einfach als Consequenzen des allgemeinen Princips erscheinen, und im Gegensatze dazu die Bestimmungen des Schwabensp. und des Bairischen R. [5]), die den Uebergang der Vindication allgemein anzunehmen scheinen, als etwas Besonderes und Eigenthümliches aufzufassen sind.

Uebrigens ist noch die Frage, wie man dieses Vindicationsrecht der Nichteigenthümer mit den oben citirten Stellen, wonach der Kläger sein Eigenthum beschwören soll, zu vereinigen habe. Für den Fall der Leihe scheint die obige Langenbeck'sche Glosse zum Hamburger Stadtrechte den Standpunkt dahin anzudeuten, daß man den Leiher geradezu als Eigenthümer behandelte, so daß er also geradezu den Eigenthumseid schwören konnte. Abgesehen davon, muß man entweder annehmen, daß

Sachsensp. IV. 36. d. 4. Schles. Ld=R. 250. Magdeb. R. 89. Culm. R. III. 80., etwas verändert im Schwabensp. Ld=R. 259., von wo sie in's Bair. R. XXII. 6. und in's Freising. R. I. 171. übergegangen ist. In anderer Form findet sich derselbe Satz im Stadtr. von Goslar, IV. 2. §. 8. Hamburg IX. 18., welche letztere Stelle übergegangen ist in die Stadtr. von Lübeck, Cod. III. 369. Bremen, ord. 96. Verden, 73. Stade, VI. 15. Riga, 120. Von Kindern ist dasselbe gesagt im Schwabensp. Ld=R. 61. Culm. R. V. 55.

1) Stadtr. v. Goslar, IV. 2. §. 9. Die Stelle ist schlecht gefaßt, der Sinn aber namentlich in Verbindung mit §. 8. unzweifelhaft. Corrumpirt ist die Stelle im Verm. Sachsensp. IV. 42. 6. Vgl. Göschen, Gosl. Stadtr. S. 319. n. 6. S. 326. n. 1.

2) Stadtr. v. Braunschweig v. 1232. V. 16. Lübeck, Cod. II. 193. Manche Stadtr. gestatten dem Handwerker Verpfändung der Sache bis zum Betrage seines Lohnes, z. B. Hamburg VI. 6. Bremen ord. 36. 105. Verden, 60. Stade, V. 15. Riga, 71. Augsburg, 392.

3) Lübisches R., Cod. IV. 53.

4) Stadtr. v. Augsburg. 298. 393. 394.

5) Schwabensp. Ld=R. 228—230. Stadtr. v. München, 177. Freising. R. I. 149. Die Stelle des Schwabensp. ist auch in das Culm. R. V. 33. aufgenommen, woraus V. 5. zu erklären ist.

man das Wort „sein“ im weitern Sinne auf alle Rechte der oben bezeichneten Art, ja überhaupt auf jede vom Eigenthümer rechtmäßig übertragene Herrschaft über die Sache bezog, oder, was wohl das Wahrscheinlichere, daß die angeführten Stellen immer nur den Anefang des Eigenthümers, als den Hauptfall desselben im Sinne haben, und das Beweis- und Eidesthema des Klägers in den andern Fällen entsprechend modificirt wurde.

II. Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist, daß das spätere Deutsche Recht eben so wenig wie das ältere Germanische Recht bei Mobilien eine reine Besitzklage für den Fall der eigenmächtigen Entziehung des Besitzes gehabt habe. Das Gleiche ist jetzt für die Immobilien nachzuweisen. Die Quellen sind hier zwar ungleich dürftiger als bei den Mobilien, indessen genügen sie doch, um die Grundprincipien mit Sicherheit zu erkennen. Das Altgermanische Recht hat sich auch hier im wesentlichen vollständig erhalten, namentlich ist der wichtige Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien beibehalten, daß der Kläger bei diesen nicht blos wie bei den Mobilien sein Eigenthum im allgemeinen beschwören kann, sondern ebenso wie der Beklagte seinen Erwerbsgrund angeben, und, da es hier keine originäre Erwerbsarten gibt, seinen Auctor als Geweren produciren muß. Davon sind nur die zwei schon oben berührten Ausnahmen, erstlich daß man bei Erbeigenthum, falls man überhaupt zu dessen Beweise kommt, das Eigenthum des Erblassers nur zu beschwören braucht, und zweitens daß, wer eine rechte Gewere ersessen hat, keinen Geweren braucht, sondern sein eigener Gewere sein kann, d. h. die Rechtmäßigkeit seines Erwerbes nur selbst zu beschwören braucht [1]).

1) Alte Soester Skrae, Art. 149. „wey — eyn huys — jar unde dach besittet, dat mach hey mit synes selves hant up den hyligen behalden, unde mach sich selven also waren.“ Livländ. Ritter-R. Art. 4.

Die rechte Gewere ist demnach keinesweges blos für den Beklagten zur Abweisung der Klage des Klägers von Bedeutung, sondern gerade ebenso auch für den Kläger zur Begründung seiner Klage. Ueberhaupt hat der Unterschied von Kläger und Beklagten bei der Klage über Immobilien keinesweges den durchgreifenden Einfluß, wie bei der Mobilienklage, oder gar wie im Römischen Rechte. Denn da, wie oben gezeigt ist, die Regulirung des Besitzes von der Entscheidung über das Recht nicht getrennt ist, und der gewaltsam entwerte Besitzer noch als wirklicher Besitzer behandelt wird, so ist der Umstand, welche der Parteien zuerst als Kläger aufgetreten sei, für die formelle Regulirung des Processes, namentlich die Ordnung der Beweisführung, ganz gleichgültig. Beide Parteien stehen sich vielmehr im Ganzen an sich völlig gleich, und die Ordnung des Beweises wird erst durch anderweitige Rücksichten bestimmt. Daher wird denn auch in den Quellen bei der Immobilienklage auf den Unterschied von Kläger und Beklagten und die Verschiedenheit der Klageanträge und Gründe fast gar kein Gewicht gelegt, sondern das Verhältniß der Parteien gleichmäßig nach allgemeinen Rücksichten geordnet.

Nach diesen Vorbemerkungen wird die oben aufgestellte Behauptung wohl einfach durch folgende zwei Stellen des Sachsen- und Schwabenspiegels, womit etwa Richtst. Ln-R. c. 29 zu vergleichen ist, bewiesen:

Sachsensp. Ld-R. II. 42.

Sve so klaget up enen anderen, he neme im sin gut, dat ir jeweder ime to lene seget, secget se't in von tven herren, ir jeweder sal sinen geweren to dinge bringen;

— „he is des neger tho behalden syne rechte lehen mit syner eigen handt up den heiligen, denn yemand es eme afftowinnende.“

sve gewerd werd, de behalt; sves gewere nicht ne kumt, die verlüset. Hevet aver ir en ene rechte were an deme gude —, he ne verlüset darmede nicht, of ime sin gewere afweke dut to rechter werscap, deste he't selve vor sta na sime rechte. Secget aver se in dat gut beide von enem manne, vor den solen sie komen to rechte.

Schwabensp. Ld-R. 207.

Clagent zwene uf ein guot, und gehent, ez habe in ein herre ze lehen gelihen, oder ein ander man ze eigene gegeben, und giht der eine an einen gewern der ander an den andren; in sol der rihter einen tag geben, daz si beide ir gewern bringen. swer sinen gewern bringet der hat behebet, der niut bringet der hat verlorn; und bringent si beide ir gewern, so rehten die gewern miteinander, und sweders gewern da behebet, der hat behabt und der ander hat verlorn. Sagent aber si daz guot von einem man, und sendet der sinen brieve, swedre der brieve giht, der hat behebet.

Beide Stellen sprechen zwar nicht ausdrücklich von Klagen aus gewaltsamer Entwerung, allein beide sprechen das allgemeine Princip für Klagen um liegendes Gut aus, welches auch im Falle der gewaltsamen Entwerung, da es keine eigene Klage dafür giebt, zur Anwendung kommt. Indessen fehlt es auch nicht an besondern Bestätigungen für den Fall der Entwerung. Im Richtst. Ln-R. Cap. 17 und 18 heißt es, wenn ein Lehnsmann entwert sei, und das Gut nicht wieder einklage, so hafte er dem Herrn, wenn er aber den Herrn um Hülfe bei der Klage bitte, und dieser sie ihm nicht gewähre, hafte umgekehrt ihm der Herr. Unter diesem „gi ne hulpen mi nicht“ ist nichts anderes, als die Gewerschaft bei der Klage zu verstehen, die demnach also auch bei der Klage aus Entwerung

nothwendig ist. Ein zweiter Beweis liegt in einer Stelle des Bair. Ld-R. (v. 1346), die in gewisser Weise freilich schon über das Princip des ältern Rechts hinausgeht, und sich der Unterscheidung eines possessor. und petitor. nähert. In Art. 206 heißt es nämlich:

Wer sains aigens oder seins lehens entwert wurd mit gewalt ân recht, wird ainer darumb angesprochen, dez laugen sol man nemen mit seinem aide, ez müg dann der anchlager war gemachen, daz er in dez guotz also entwert hiet, und daz er dez selben guotz gesezzen sei aigen oder lehen *als lang ain man seins guotz sitzen sol ân alle recht ansprach*, — und wer also erzeugt hat sein aigen oder sein lehen, den sol man seczen in nucz und in gewer; — hat derselb hincz dem guot dann icht ze sprechen, da sol er umb ain recht vodern alz recht ist.

Danach soll also ein Entwerter bei einer Restitutionsklage beweisen müssen, daß er so lange besessen habe, „als ein Mann ohne rechte Ansprache besitzen soll," d. h. natürlich Jahr und Tag, und zwar ist dieses selbst bei der Klage gegen den Entwerer selbst, die die Stelle zunächst im Auge hat, nöthig. Unzweifelhaft kann aber natürlich der Kläger diese Zeit bei kürzerem Besitze, sobald er seinen Auctor als Geweren stellt, durch dessen Besitz ergänzen. Somit ist also hier ausdrücklich für den Fall der gewaltsamen Entwerung Gewerschaft oder rechte Gewere [1]) als Erforderniß einer Klage ausgesprochen. Auffallend ist aber, daß dabei dem Beklagten noch eine Klage auf das Gut, ähnlich wie beim possessorium das petitorium, vorbehalten wird, da es doch im Art. 188 heißt:

1) Denn so wird man jenen einjährigen Besitz auffassen müssen. Von gerichtlicher Auflassung ist in dem ganzen Titel über Lehen und Eigen, der doch 35 Artikel hat, keine Rede.

Swer um aigen wirt angesprochen, dez er pey nutz und pey gewer gesezzen ist ain jar und ainen tag ân alle recht ansprach, — und wer also erzeugt, der sol fürbaz sains aigens siczen in stiller gewer ân alle ansprach.

Der Vorbehalt kann sich fast auf nichts anderes beziehen, als auf die Verschiedenheit des Beweises des jährigen Besitzes, daß nämlich in Art. 206 nur zwei Zeugen verlangt sind, in Art. 188 dagegen einundzwanzig mit weitern Förmlichkeiten. Die Annäherung an die Unterscheidung eines possessorischen und petitorischen Verfahrens, die in dem Vorbehalte allerdings liegt, ist somit noch ganz eigenthümlicher Art. Daß das Bairische Recht indessen doch noch einen Schritt weiter in der Ausbildung jenes Unterschiedes gegangen sei, wird sich am Ende des Paragraphen zeigen.

Der Vollständigkeit wegen mag hier für den Besitz der Immobilien noch die bekannte Eigenthümlichkeit des Deutschen Rechtes hervorgehoben werden, daß dasselbe bei Immobilien, anders als bei Mobilien (ob. S. 316), eine Mehrheit von Besitzen an einer Sache anerkennt, insofern es jedem Rechte an einer Sache, welches durch gerichtliche Auflassung bestellt wird, eine Gewere, d. h. ein Besitzrecht, an der Sache entsprechen läßt, mit welcher je nach den Umständen die Vortheile des Besitzes verbunden sind, so daß also insofern jeder Besitzer zugleich eigener Besitzer und Stellvertreter verschiedener fremder Besitze sein kann. Dagegen findet aber bei jeder Detention aus Verhältnissen ohne gerichtliche Auflassung, also namentlich bei der Miethe, gar keine eigene Gewere, sondern durchaus nur Stellvertretung fremden Besitzes statt [1]).

1) Näheres darüber s. b. Albrecht, Gew. S. 126. Homeier, Sachsensp. Th. 2. B. 2. S. 420.

Zum Schlusse ist jetzt endlich noch die bereits oben vorläufig gemachte Bemerkung näher auszuführen, daß das Deutsche Recht, wenn es auch die Idee des rechtlichen Schutzes des Besitzes noch nicht eigentlich ausgebildet hat, doch wenigstens bereits einzelne Spuren und Anfänge davon zeigt, deren volle Entwicklung nur durch das Eindringen des Römischen Rechts verhindert wurde. Was sich davon auffinden läßt, ist folgendes. Das Erste, was zu nennen ist, sind ein Paar Stellen des Sachsensp., die von da auch in den Schwabensp. und andere Rechtsquellen übergegangen sind [1]):

Landrecht. II. 24. §. 1. (auch 70.)

Man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, al se he dar mit unrechte an komen, man ne breke sie eme mit rechter klage.

Lehnrecht. 38. §. 4.

Man ne sal niemanne von sinen geweren wisen, sie ne si ime afgewunnen mit rechte.

Albrecht (Gew. S. 14. 15.) macht diese Stellen zur Grundlage seiner Annahme eines Besitzesschutzes im Deutschen Rechte, indem er meint, daß „als Mittel, das in ihnen enthaltene Verbot zu realisiren," die Existenz einer possessorischen Klage sich von selbst verstehe. Allein diese Folgerung ist doch wohl etwas voreilig. Allerdings spricht sich in den Stellen die Ansicht aus, daß auch der unrechtliche Besitz nur in der Form Rechtens genommen werden soll; allein von da bis zur Ausbildung eines vollständigen Klagerechts, und namentlich einer Klage gegen den dritten Besitzer, ist noch ein weiter Schritt. Bei dem allgemeinen Charakter des Sachsensp. wäre schon das

1) Schwabensp. Ld-R. 191. Ln-R. 68. Stadtr. v. Goslar. I. 4. 30. Verm. Sachsensp. I. 32. d. 1; 46. d. 9.

nicht einmal undenkbar, daß die Aussprüche überhaupt nur einen Satz des ausgebildeteren Rechtsbewußtseins des Verfassers desselben enthielten, ohne daß sie bereits im Volksbewußtsein einen eigentlich praktischen Boden gewonnen hätten. Dann aber haben sie ja jedenfalls durch das Recht der Selbstvertheidigung, die oben berührte Fortdauer der Besitzesvortheile, und die zum Theil eintretenden Strafen einen durchaus genügenden praktischen Inhalt. Dazu kommt endlich, daß dieselben überhaupt genau genommen gar nicht einmal von der Selbsthülfe des Einzelnen, sondern von der gerichtlichen Ausweisung aus dem Besitze ohne gehöriges Urtheil und Recht sprechen; sie führen daher insofern gar nicht zu einem selbstständigen Klagerechte, sondern nur zu einem processualischen Beschwerderechte über Handlungen des Gerichtes. Von diesem Gesichtspunkte aus scheint folgende Anwendung des Satzes in einem Schöffenurtheile zu verstehen zu sein[1]):

Me en scal nemande ute siner were wysen, wenne met rechte, videlicet met witliker older kuntscap — edder met vorsegeldin breffen. Nu is dissem sine were gebroken, und en is nicht erkant, dat he dat gud met unrechte gehad hebbe, und he het ok nu rechtes darvon geweygert. Hir umme so meyne we, dat me de wunsteyne (?), de gesat sin, mogeliken wedder opnemen schulle, und one by siner weren laten so lange dat se om met rechte gebroken werde.

Es versteht sich nun aber von selbst, daß wenn die Idee des Besitzesschutzes einmal in dieser Weise Eingang im Rechtsbewußtsein gefunden hatte, die allmählige größere Entwicklung und daraus folgende Verwicklung des Rechts und der Rechts-

1) Ich habe dieses Urtheil aus den handschr. Bemerk. meines Großvaters zu seinen Beitr. z. D. R.; es soll aber auch gedruckt sein im Herzyn. Arch. v. J. 1808, und in v. Kamptz's Preuß. Prov.-Rechten. B. 1.

verhältnisse das Bedürfniß einer Ausbildung jener Idee nahe legte. Namentlich mußte sich dieses Bedürfniß vom Standpunkte der Erhaltung des allgemeinen Landfriedens geltend machen, und die schon oben berührten Verbote der Selbsthülfe in den Landfr. von Friedrich I. und II. mußten nothwendig allmählig zur Bildung von reinen Besitzklagen hinführen. Wirklich aufgestellt findet sich eine solche Besitzklage indessen doch nur in dem Landfrieden, den Rudolph von Habsburg im J. 1281 durch Vereinbarung mit den Bairischen Fürsten und Bischöfen für die Bairischen Länder einführte[1]). Dort heißt es nämlich in Art. 4:

> Swa ain man den andern ansprichet, er hab in sines guts entwert mit gewalt ân reht, mag de chlager daz bringen mit zwein der nahsten und besten in der pfarre, daz er in entwert hat m. g. a. r., den sol man in sin gewer als lang setzen, als ez im auzen gewesen, und sol de schuldige 5 ph. geben dem rihter.

Ganz unzweifelhaft wird dem Entwerten hier ein rein possessorisches Klagerecht gegeben, allein eben so klar ist auch, daß man hier nicht einen Satz des althergebrachten Rechtes vor sich hat, sondern eine neue im Interesse des Landfriedens eingeführte Bestimmung[2]), wie sich namentlich darin zeigt, daß die Klage nicht, wie der Anefang und die Ansprache, gegen jeden Besitzer geht, sondern nur gegen den Entwerer. Daß die Bestimmung allgemeinen Eingang in den deutschen Ländern gefunden habe, davon findet sich nicht die geringste Spur. Dagegen findet sich im Bairischen Landrechte von 1346 eine Stelle,

1) Zuerst herausgegeben von v. Freyberg als Anhang seiner Rede über die Bair. Gesetzgeb. 1834; dann in *Pertz,* monum. Germ. T. IV. p. 427.

2) Auffallend ist die Frist: als lang, als ez im auzen gewesen. Bei der exceptio spolii kommt sie gleichfalls vor: tamdiu, quamdiu exspoliatus est. c. 6. 7. C. 3. qu. 2. Sonst findet sich nirgends eine Spur davon.

die trotz ihrer größern Ausdehnung ihrem Inhalte und ihrer Wortfassung nach doch sehr bestimmt auf den Art. 4 als ihre Quelle zurückweist, nämlich Art. 205, wo es heißt:

Swer den andern anspricht, er hab in seins aigens oder seins lehens entwert mit gewalt ân recht, dez er pey nucz und pey gewer siczt, dez laugen sol man nemen mit seinem aide, er mache ez dann war mit zwain, die dez mit im swern, daz er dez guotz gesezzen sei p. n. u. p. g. uncz an die zeit, daz er sein entwert sei m. g. a. r., so sol in daz gericht wider seczen in sein gewer, und sol siczen alzlang daz ist, daz er in entwert hat; hab er dann hincz im icht ze sprechen umb daz guot, da sol umb geschehen waz recht ist; und ist er dem richter schuldig 65 pf. pfen.

Abgesehen von dem Reinigungseide des Beklagten schließt sich diese Bestimmung ganz an die des Landfriedens an; denn der Vorbehalt des Rechtsanspruches für den Entwerer, der hier ausdrücklich geschieht, versteht sich dort von selbst. Hier tritt nun aber der Gegensatz, in welchem die Bestimmung zu dem ältern Rechte steht, sehr scharf hervor, da sie hier dicht neben den oben besprochenen Art. 206, wonach ein Entwerter bei seiner Klage Besitz von Jahr und Tag beweisen muß, gestellt ist. Es ist unmöglich, daß beide Artikel einfach zugleich neben einander entstanden sind. Denn sie enthalten beide dasselbe Klagerecht, aber der eine beschränkt, der andere unbeschränkt. Ihr Verhältniß kann daher kaum ein anderes sein, als daß der Art. 206 das ältere Recht enthält, im Art. 205 aber die Bestimmung des Landfriedens dazu aufgenommen ist [1]). Bei dem

1) Uebrigens ist wahrscheinlich auch schon der Inhalt des Art. 206 nicht ganz ohne Einfluß des Landfriedens, namentlich da er auch die eigenthümliche Frist hat.

compilatorischen Charakter und den verschiedenen Redactionen des Gesetzbuches [1]) ist diese Zusammenstellung wohl erklärlich. An sich ist sie natürlich sinnlos, und daß man dieses auch bald einsah, zeigt sich darin, daß in der Redaction des Gesetzbuches für das Bisthum Freising, und in dem Bair. Stadtrechtbuche der Art. 206 weggelassen, und nur der Art. 205 aufgenommen ist [2]). Anderweitige Spuren von possessorischen Klagerechten habe ich nicht auffinden können.

Einen Hauptbeweis für das Dasein possessorischer Klagen im Germanischen und Deutschen Rechte hat man in neuerer Zeit in dem Rechte der Normannen in der Normandie und England im XII. und XIII. Jahrhunderte finden wollen. Unten in §. 42 werden aber darüber die nöthigen Erklärungen gegeben werden.

§. 38.

Besitz der Rechte.

Der Besitz der Rechte ist in den eigentlichen Rechtsquellen des Mittelalters, den Rechts- und Gesetzbüchern, nur selten berührt, und sehr dürftig behandelt. Häufiger sind einzelne Fälle desselben in den rechtlichen Urkunden; indessen sind diese mit großer Vorsicht zu gebrauchen, da der Besitz der Rechte im Canonischen Rechte bereits im XII. Jahrhunderte zu voller Entwicklung kam, und es sich somit von selbst versteht, daß vom XIII. Jahr-

1) S. darüber Auer, Münchener Stadtr. Einl. S. VIII—XII. v. Freyberg, Samml. hist. Schriften. B. 4. S. 385.

2) Münchener Stadtr. 160. Bair. Ld-R. f. Freis. 155. (v. Freyberg's cit. Samml. B. 5. H. 2.) Uebrigens ist der Art. 205 die einzige Stelle, die Albrecht zum directen Beweise des Daseins von possessorischen Klagen im Deutschen Rechte anführt. Den Art. 206 berücksichtigt er dabei nicht. Der Landfrieden war damals noch nicht gedruckt.

hunderte an alle Urkunden kirchlichen Ursprunges mehr oder weniger unter dem Einflusse des Canonischen Rechtes stehen, und daher für die ursprüngliche Gestalt des Deutschen Rechtes meistens nicht benutzt werden können [1]). Trotz dieser Mangelhaftigkeit der Rechtsquellen läßt sich indessen doch der Standpunkt des Deutschen Rechts im allgemeinen mit ziemlicher Sicherheit bestimmen. Es sind namentlich zwei Verhältnisse, die hier einen ziemlich bestimmten Anhalt geben, das Erbenzinsrecht und das Lehnrecht.

Daß man bei den Erbenzinsrechten eine Gewere an dem Zinse annahm, ist außer Zweifel:

Stadtr. v. Hamburg. II. 1.

— de, de den ervetyns in syner were heft, is nager to beholdende, denne ienich man af to wynnende.

Stadtr. v. Freiberg. I. 20.

Welch man erbecins hat an eime huse, — de sprichet also: an dem huse hab ich rechtis erbecinses so vil alle jar, und habe den gehabt in gewalt und in gewer jar und tac.

Stadtr. v. Augsburg. 382.

— dass er ihm's satzte mit rechter zinsgewer.

1) Dieses hat Duncker in seinem Aufsatze über den Quasibesitz (Ztschr. f. D. R. B. 2. S. 39 ff.) ganz übersehen, und ist dadurch zu einem argen Mißgriffe gekommen. Indem er keine Ahnung von der ganzen Entwicklung des Besitzes der Rechte im Canon. Rechte hat, und daher im Deutschen Rechte die Quelle des Canonischen Rechtes nachweisen will, führt er eine Reihe von Urkunden des XIII. bis XVI. Jahrhunderts auf, die ihren Urhebern, Gegenständen, Inhalte, Form und Sprachgebrauche nach durchaus nichts anderes sind, als Anwendungen des Canonischen Rechts, wie es sich bereits im XII. Jahrhundert ausgebildet hatte, und die daher für das Deutsche Recht, dessen eigene Quellen er darüber ganz vernachlässigt hat, gar nichts beweisen. Solche Beispiele von Anwendungen des Canonischen Rechtes in Deutschland ließen sich aus den Urkundensammlungen, z. B. der Rheinischen von Günther, der Fuldischen von Schannat, Harenberg's Geschichte von Gandersheim u. a. mit leichter Mühe noch in großer Menge herbeischaffen.

Culm. R. IV. 25.

— so sol der man synen tzyns behalden, als her den in der gewere hot an dem erbe.

Rechtserkenntniß v. Goslar [1]).

We tinsgud anspreke, de sal — sweren: den tins hebbe ek hir ane — gekoft, unde mit rechte in myne were gebracht, unde hebbe dat seder jar und dagh in myner were gehat.

Eben so wenig läßt sich bezweifeln, daß bei dieser Gewere die Idee des Besitzes im allgemeinen zu Grunde liegt. Es zeigt sich dieses zunächst in der Anwendung des allgemeinen Satzes, daß der Besitzer „näher ist zu behalten," dann auch im Sprachgebrauche, in den Ausdrücken „in gewalt und in gewer, habende gewer, possidere, corporalis possessio." Der erste kommt im Freiberger Stadtr., die andern namentlich in Urkunden:

Magdeburger Fragen. II. 1. 4 [2]).

— ist der zinsforderer mit dem zins in habender were, so ist er neher sien were an dem zinse zu behalten.

Urk. eines Bürgers i. Halle. v. 1472 [3]).

— ich habe sie (die Käufer) sulcher tzinsse in eine gerugliche, nützliche und habende geweher gesetzt [4]).

Urk. d. Herz. Boleslaus v. Schlesien, v. 1252 [5]).

— contulimus — 65 marcas census hereditarii titulo pheo-

1) Bruns, Beitr. z. D. R. S. 181. nro. 4. Aehnlich im Stadtr. v. Goslar. I. 4. §. 5—7. und von da im Verm. Sachsensp. I. 43. d. 3.

2) In der Ausg. d. Sachsensp. von 1553.

3) *Ludewig*, reliqu. manuscr. V. p. 210.

4) Aehnlich vom Zehnten in einer Urk. d. Klosters Gandersheim v. 1425. „— wy antwordet one den teghenden — in ore upnemende, brukende, hebbende, were." *Harenberg*, hist. eccl. Gandersh. p. 488.

5) Tzschoppe u. Stenzel, Urkund. z. Gesch. d. Städte in Schlesien. nro. 36.

dali possidendas, — prout alii nobiles pheodales bona sua possident.

Urk. d. Grafen Ludwig von Brandenburg v. 1336 [1]).
— conferimus — dotalitii nomine 50 frusta denariorum — annuorum redituum in villa R. — cum omnibus juribus, — sicut H. eos dinoscitur possedisse, dantes — W. pro investitore, ut — in redituum corporalem possessionem ducat —

Indessen kann man diese Gewere des Zinsrechtes doch der Römischen juris possessio keineswegs gleichstellen. Das Princip ist hier nicht, daß der usus juris pro possessione sei, sondern die Gewere am Zinse beruht darauf, daß der Zinsherr eine Gewere am Zinsgute selbst hat, die ihm das Recht giebt, den Zinsmann, wenn er nicht zahlt, auszupfänden, oder sich sogar des Zinsgutes zu eigen zu unterwinden [2]). Bei den Zinsrechten, die auf Eigenthum am Zinsgute beruhen, ist diese Gewere am Gute die Grundlage des ganzen Verhältnisses; bei den gesetzten und gekauften Zinsen, wo der Zins die Hauptsache ist, bildet sie die Vermittlung der dinglichen Radicirung des Zinses [3]). Stets aber ist die Gewere am Zinse mit dieser Gewere an dem Gute so innig verbunden, daß von einem eigentlichen Besitze des Rechtes als solchen kaum die Rede sein kann. Es zeigt sich diese Verbindung schon darin, daß bei Verfügungen und Klagen über den Zins eben so gut das Zinsgut selbst als der Zins am Gute als Gegenstand bezeichnet wird,

1) *Gercken*, Cod. diplom. Brandenb. T. III. p. 165.

2) S. darüber Albrecht, Gewere. §. 18.

3) Im letzten Falle ist die Gewere daher eine eigenthümliche Gewere zu Zinsrecht, während sie im erstern die einfache Eigens- oder Lehnsgewere ist, als deren Ausübung das Zinsnehmen, wie sonst die eigene Detention, erscheint, Sachsensp. Ln-R. 14. §. 1. Svie den tins dar ut nimt, die hevet die gewere dar an. Richtst. Ln-R. 29. §. 3. Ld-R. 26. Schwabensp. Ld-R. 22.

wie z. B. in dem obigen Goslar'schen Erkenntnisse und im Gosl. Stadtrecht I. 1. §. 96.

Let en man oder sat he ut — so dan gut, dar he tins ane heft —

ferner darin, daß die Gewere am Zinse wie die an Sachen durch gerichtliche Auflassung erworben wird, ohne alle Rücksicht auf wirkliche Ausübung des Rechtes, wie es z. B. im Gosl. Stadtr. I. 4. §. 5—7 heißt:

— dat ik dit eghen oder dit ghelt, (oder wat he an deme gute hevet) hebbe in mine were ghebracht mit richteren und mit twen ratmannen, unde minen vredeschilling dar up ghegheven hebbe, und hebbe dat seder jar unde dach in minen weren ghehat [1]).

Eben deshalb wird denn auch beim Zinse wie bei Sachen eine Klage nicht schon aus dem einfachen Besitze, sondern erst aus dem von Jahr und Tag gegeben [2]), eine Zeitbestimmung, die bei dem Römischen Principe ganz sinnlos wäre. Dagegen kommt es bei der Klage auf die wirkliche Ausübung des Rechts gar nicht an, so daß wenn der Zinsmann die Pflicht läugnet, der Zinsherr die Gewere behält, wenn er auch mehrere Jahre lang den Zins nicht fordert [3]). Von einem Entweren von der Gewere des Zinses durch das Läugnen und Verweigern des Zinses ist keine Rede, vielmehr heißt es im Freiberger Stadtr. I. 20. ganz einfach, daß der Kläger:

1) Dem entsprechend ist das „Einweisen in den Besitz" der Rechte, das „inducere in corporalem possessionem" des Canonischen Rechts, welches so oft vorkommt. Vgl. Homeier, Sachsensp. Th. 2. B. 2. S. 395.

2) Stadtr. v. Freiberg. I. 22. — nimant mac keinen erbecins behalden uffen andern, he en habe in jar und tac in gewalt und gewer gehabt als recht ist.

3) Stadtr. v. Freiberg. I. 23. Doch kann er immer nur den letztjährigen Zins beschwören, für die frühern hat der Zinsmann das Eidrecht.

— billicher und baz sinen rechten erbecins behalde uffen heiligen, wen im imant davor geleykenen muge.

Im Verm. Sachsensp. II. 4. d. 11. kommt zwar der Ausspruch vor:

Entwert einer den andern von der gewere sines huzczinses wider sinen willen, so schol man in vorvesten [1].

allein es ist dies nichts als eine der vielen Corruptionen des Gosl. Stadtr. in diesem Rechtsbuche. Dort heißt es nämlich I. 3. §. 23. von einem Miethsmanne, der ohne Zahlung des Miethzinses mit seinen Sachen aus dem Hause ziehen will:

Untveret en dem anderen van der were mit sineme hustinse weder sinen willen, dene mach he dar umme vorvesten.

Eben deshalb kann die Stelle denn auch nicht dafür als Beweis gelten, daß man auch bei reiner Miethe, also rein persönlicher Schuld, eine Gewere angenommen habe. Im Goslar'schen und im Freiberger Stadtr. wird medinghe, hustins, jarcins stets scharf vom Erbenzins unterschieden und nach den allgemeinen Grundsätzen über „persönliche Schuld" behandelt [2].

Das zweite Rechtsverhältniß, welches einen bestimmten Anhalt bei der Lehre vom Besitz der Rechte giebt, ist das Lehnrecht. Es war einer der Hauptgrundsätze des Deutschen Lehnrechtes:

Lehen ane gewer ist niut lehen [3].

Daraus geht für den Besitz der Rechte von selbst die Consequenz hervor, daß die Lehensfähigkeit der Rechte zugleich als Beweis ihrer Besitzfähigkeit gelten kann. Wenn wir daher die politischen Rechte, wie Herzogthum, Grafschaft, Gerichtsbarkeit,

1) Auf diese Stelle beruft sich namentlich Duncker, a. a. O. S. 97.
2) Stadtr. v. Goslar. I. 3. §. 1—3. Freiberg. I. 29.
3) Schwabensp. Ln-R. 57. 96. 102. Sachsensp. Ln-R. 59. §. 3.

Hofämter, alle Regalien, und die verschiedenen Arten von ständigen Einkünften, wie Zölle, Zehnten und andere Grundabgaben, Frohndienste, schon früh als Gegenstände des Lehns finden, so muß man annehmen, daß man dieselben schon früh auch als Gegenstände der Gewere oder des Besitzes angesehen habe. Daß man auch das Wort possidere dafür gebrauchte, zeigen neben vielen andern z. B. folgende Lehnbriefe:

Lehnbr. Kaiser Otto II. v. 983 [1].

— in Pingnia civitate (Bingen) — quicquid continuimus — eccles. Mogunt. praesules — possideant — in banno — in venatu omnique silvatica utilitate, — piscationibus, et naulo ab utrisque fluviis et Reno et Nava accipiendo [2].

Lehnbr. Kaiser Friedrich I. v. 1157.

— duo beneficia, Comitatum in Lisga, et Forestum in montanis Hartz jure beneficiali possidere deberet.

Lehnbrief Kaiser Friedrich II. v. 1226.

— Comes de Henneberg — omnes auri et argenti fodinas, et tam alia quaecunque metalla, quam salinas — in terra ejus reperta — tam ipse quam heredes sui — jure feodali teneant et possideant.

Lehnbr. Herzog Boleslaus II. v. Schlesien v. 1252 [3].

— contulimus — nostro R. judicium super civitatem Legnicz, et tertium denarium judicii, et in omnibus causis primam querelam — titulo pheodali possidenda, — prout alii nobiles pheodales bona sua possident.

Nach der Analogie von der Zinsgewere läßt sich indessen auch

1) Dieser und die beiden folgenden Lehnbr. stehen in den Supplem. zum Corp. j. germ. von Emminghaus nro. 33. 57. 77.

2) Teloneum possidere kommt in zwei Urk. vom J. 965 bei *Gercken*, dipl. Brandenb. T. III. p. 36. 38.

3) Tzschoppe u. Stenzel, Schles. Urk. nro. 36.

hier nicht wohl anders annehmen, als daß man wenigstens anfangs auch hier den Besitz des Rechtes durch eine Sachengewere vermittelt habe. Bestätigt wird dieses für alle Lehen, die in bestimmten Einkünften bestehen, dadurch, daß hier stets eine „bewisunge“ auf eine bestimmte „stat des lenes“, d. h. ein bestimmtes Gut, nothwendig ist, die dann dem Vasallen eine Gewere an demselben giebt [1]); weshalb es denn auch vom Kammerlehen im Schwäb. Lehnr. 99. heißt:

Kamerlehen ist nit reht lehen, — da hat der man dehein gewer an.

Wie diese den Besitz des Rechtes vermittelnde Sachengewere indessen bei den politischen Rechten, namentlich auch der Gerichtsbarkeit, aufzufassen sei, ist zweifelhaft. Albrecht (Gew. n. 463) meint, man habe diese Rechte wenigstens anfangs stets als „auf einer bestimmten Stadt oder Burg haftend“ gedacht, und in der Gewere an dieser die Grundlage und Vermittlung für die Gewere am Rechte selbst gesehen, also in der subjectiv dinglichen Radicirung eines Rechtes eine Begründung seiner Lehns- und Besitzfähigkeit gefunden. Allein dies läßt sich wohl nicht halten. Allerdings kommen Grafschaft, Gerichtsbarkeit u. dgl. vielfach als auf einer bestimmten Burg haftend, als Pertinenzrechte derselben, vor; allein daß diese subjectiv dingliche Radicirung für die Lehns- und Besitzfähigkeit solcher Rechte auf der einen Seite nothwendig, auf der andern aber auch nur genügend gewesen sei, folgt daraus nicht. Vielmehr zeigt sich das Gegentheil schon darin, daß auf der einen Seite bei den Gerichtslehen, die im Sachsenspiegel und in den Urkunden so oft vorkommen, von dem Erforderniß einer solchen

1) Sachsensp. Ln-R. 10. §. 3—5; 11. §. 1—5. Schwabensp. Ln-R. 14. 20. 23. 158.

dinglichen Radicirung nirgends die Rede ist [1]), und daß dagegen auf der andern Seite das Kammerlehn absolut, ohne Ausnahme der subjectiv dinglichen Radicirung, für ungültig erklärt wird. Dazu kommt die Analogie von der Zinsgewere und dem Lehen an Einkünften, die nothwendig dahin führt, daß die Gewere am Rechte durch eine Gewere an einer objectiv mit dem Rechte verbundenen Sache begründet und vermittelt werden muß. Wie dort die Gewere an einem Rechte gegen die Person des Eigenthümers einer Sache eine Gewere an der Sache selbst zur Grundlage haben muß, so muß hier die Gewere an einem Rechte gegen die Bewohner eines Territoriums eine Gewere am Territorium selbst zur Grundlage haben. Nur versteht es sich, daß, da das Recht gegen die Personen hier ein publicistisches sein soll, auch das Recht und die Gewere an der Sache nur publicistische, das Privatrecht der Besitzer nicht beschränkende, sein können. Der Begriff einer publicistischen Gewere an Sachen, der auf diese Weise entsteht, wird nun zwar in den Rechtsquellen nirgends ausdrücklich und im Gegensatze zu der privatrechtlichen Gewere hervorgehoben; allein daß man sich die Verhältnisse doch wirklich in dieser Weise in voller Analogie mit den obigen Rechten dachte, tritt mehrfach deutlich hervor. Zunächst darin, daß das Gerichtslehen in Betreff der „Beweisung an eine bestimmte Stätte", und somit der dadurch zu begründenden Gewere, ohne weiteres den Lehen an Einkünften ganz gleich gestellt wird.

Sachsensp. Ln-R. 11. §. 2.

Of die herre liet en *gantz* dorp, oder tegeden, oder *gerichte* oder süsgedanes dinges icht, oder allet dat he ledich

1) Vgl. Homeier, Sachsensp. Th. 2. B. 2. S. 528—546. Tzschoppe u. Stenzel, Schlef. Urk. nro. 14. 36. 72. 97. 151. von den J. 1232—1341.

hevet an ener stat, deme lene volget die man, al darve he der bewisunge.

Außerdem aber darin, daß als Gegenstand des Lehns und des Besitzes neben dem Rechte immer auch das Territorium, worüber es sich erstreckt, erscheint. Am bestimmtesten zeigt sich dies in dem oben berührten Sprachgebrauche des Canonischen Rechts, welches „terram cum jurisdictione possidere" gleichbedeutend mit „jurisdictionem in terra possidere" gebraucht, ganz analog dem obigen „Zinsrecht an einem Gute" und „ein Gut zu Zinsrecht" haben. Den gleichen Standpunkt hat aber auch der deutsche Sprachgebrauch, wenn er mit den Ausdrücken Herzogthum, Fürstenthum, Grafschaft, die an sich ursprünglich nur das Recht bedeuten, doch schon früh auch die Territorien selbst bezeichnet. In Uebereinstimmung damit steht die Fassung der ältesten Lehnbriefe [1]), z. B.

Lehnbr. Kaiser Friedrich I. v. 1156 [2]).

— marchionatum Austriae et marchiam super flumen Anasum commutavimus in ducatum, ejusdemque ducatum — contulimus Henrico, — et si — sine filio decesserit, — inter duces Austriae, qui senior fuerit, dominium habeat dictae terrae.

Lehnbr. Kaiser Friedrich I. v. 1180.

— ducatum, qui dicitur Westphaliae, in duo divisimus, et — unam partem cum omni jure et jurisdictione — ecclesiae Coloniensi — contulimus —

Lehnbr. Kaiser Friedrich II. v. 1235.

— civitatem Brunswich et castrum Luneburch — univimus

1) S. auch: Chron. monast. S. Mich. in Eichhorn's R.-G. Anm. zu §. 221. „— imperator terram circa Albiam — Hermanno Bill. — commisit, et eum in ducatus principatum promovit.

2) Dieser und die beiden folgenden Lehnbr. stehen in den Suppl. zum Corp. j. germ. von Emminghaus nro. 55. 60. 89.

et creavimus inde ducatum, et — Ottonem ducem et principem facientes, ducatum ipsum — in feodum — ei concessimus.

Lehnbr. Kaiser Ludwig d. B. v. 1324 [1]).

— principatum et marchiam Brandenb. cum ducatibus Stettin. et Demin., terra Stargard. et comitatu Wernigerode, — quae quondam marchio Woldemarus tenuit ac possedit, — Ludovico — conferimus cum omnibus jurisdictionibus, juribus — sicut W. eadem tenuit ac possedit.

Namentlich zeigt der Ausdruck dominium terrae in dem Lehnbriefe für Oesterreich, der hier natürlich noch nicht die spätere technische Bedeutung von Landeshoheit hat, daß man in dem Herzogthume von selbst auch eine unmittelbare Beziehung auf das Territorium selbst, ein Recht, eine Art Gewere, an diesem enthalten sah.

Das Resultat der gesammten Ausführung ist diesem nach, daß das Deutsche Recht einen eigentlichen reinen Besitz der Rechte, wie das Römische und Canonische Recht, gar nicht hatte, sondern daß der Besitz der Rechte in ihm stets durch den Besitz einer Sache, und zwar derjenigen, mit der das Recht objectiv dinglich verbunden war, vermittelt werden mußte; und daß ferner eben deshalb der Besitz der Rechte mit dem der Sachen durchaus in Uebereinstimmung behandelt wurde, daß es namentlich bei ihm eben so wenig als dort Schutzklagen von rein possessorischem Charakter gab.

Uebrigens ist indessen doch nicht zu verkennen, daß etwa vom XIII. Jahrhunderte an das Deutsche Recht anfängt, den Besitz der Rechte selbstständiger aufzufassen und sich dem Standpunkte des Römischen und Canonischen Rechts, vielleicht auch

1) *Ludewig*, reliqu. manuscr. T. II. p. 270.

schon unter Einfluß derselben, namentlich des letztern, zu nähern. Bei der Zinsgewere hat Albrecht nachgewiesen (Gew. S. 177 ff.), daß die Gewere an dem Gute allmählig die Gestalt einer Hypothek für die an sich selbstständige Zinsgewere annahm; die allmählige Zulassung vom Kammerlehen hat Homeier nachgewiesen [1]); bei der Gerichtsbarkeit mußte, namentlich bei der niedern, z. B. der Schultheißen-Gerichtsbarkeit in den Städten, die Idee eines Rechtes am Gerichtsbezirke von selbst schwinden; bei den Fürstenthümern wurde zwar mit der Vollendung der Landeshoheit das Recht am Territorium selbst, das dominium terrae, noch schärfer als früher hervorgehoben, dafür wurden aber bei ihnen die einzelnen substantiell oder accidentell zum Fürstenthume gehörenden Rechte, selbst blos persönliche Ehrenrechte, im einzelnen als selbstständige Gegenstände des Besitzes aufgefaßt. So erscheint der Besitz der fürstlichen Rechte in der Goldenen Bulle, c. 9. 10. 22.:

— principes electores — auri et argenti fodinas et mineras — cujuscunque metalli — in suis terris possint possidere, prout talia possunt possideri —

— Bohemiae reges — in possessione pacifica continua fuisse juris, — monetas facere —

— possessor principatus cujuslibet etiam juris vocis, officii, et dignitatum — quieta debeat et libera possessione gaudere.

Wie weit man nun aber hierin gegangen sei, ob man das dingliche Element ganz vollständig beseitigt, und auch bei rein persönlichen Rechten, z. B. Adel, einen Besitz angenommen

1) Sachsensp. Th. 2. B. 2. S. 284. 285. Auch in einer Schlesischen Urk. v. 1245 heißt es: „— claustro in T. dedimus 21 marcas perpetuo possidendas de censu kamerarum nostrarum in Wratislavia.“ Tzschoppe u. Stenzel, Schlef. Urk. nro. 22.

habe, läßt sich nicht entscheiden; auch konnte es bei dem bald eintretenden Einflusse des Canonischen Rechtes und der Italiänischen Theorie zu einer selbstständigen vollen Entwicklung überhaupt eigentlich kaum mehr kommen.

§. 39.

Schluß.

Stellt man jetzt nach dieser Darstellung des Germanischen Besitzrechts einen Vergleich desselben mit dem der Italiänischen Theorie und Praxis des Mittelalters an, und frägt namentlich, in wie weit in dem letztern ein Einfluß des ersteren zu erkennen sei, so bedarf es wohl keiner großen Ausführung mehr, um nachzuweisen, daß dieser keineswegs so hoch anzuschlagen ist, als man vielfach anzunehmen geneigt gewesen ist. Namentlich im Sachenbesitze reducirt er sich so ziemlich auf nichts. Eine Klage wie die Klage aus dem c. Redint. ist dem Germanischen Rechte durchaus und in jeder Beziehung vollständig unbekannt, und wird auch durch seinen allgemeinen Charakter so wenig gefordert, daß die einzige ähnliche Klage, die sich findet, nämlich die des Bairischen Landfriedens, keineswegs wie jene in rem scripta, sondern einfach in personam ist. Nur insofern ließe sich daher hier ein Einfluß denken, als die Germanischen Völker bei ihrer Vindication des Eigenthums an einen sehr leichten Eigenthumsbeweis gewöhnt waren, und daher beim Eindringen des Römischen Rechts mit seiner „diabolica probatio dominii“ um so dringender das Bedürfniß einer sehr ausgedehnten Besitzklage, gewissermaßen als Ersatz des verlorenen leichten Hülfsmittels beim Verluste des Besitzes, fühlten.

Eben so wenig ist das Germanische Recht bei der Unterscheidung des possessorium ordinarium und summarium im

Spiele. Bei der Bestimmung des c. 9. X. de probat. über den Einfluß von Alter und Titel des Besitzes und Anzahl der Zeugen beim interdictum U. P. findet zwar eine äußere Aehnlichkeit mit dem Deutschen Rechte statt; allein die Behandlung des streitigen Besitzstandes ist an sich ihrer ganzen Grundlage nach in beiden Rechten so durchaus verschieden, daß es doch sehr gewagt ist, ein Einwirken des Germanischen Rechtes dabei anzunehmen.

Unzweifelhaft findet dagegen ein Einfluß beim Besitze der Rechte statt. Denn so groß die Verschiedenheit der Auffassung des Besitzes der Rechte in beiden Rechten auch an sich ist, so gab doch natürlich die Annahme des Besitzes bei allen objectiv dinglich radicirten Rechten im Germanischen Rechte die unmittelbare Veranlassung, bei allen diesen Verhältnissen auch nach Römischem Rechte Besitz anzunehmen, und die Römischen Grundsätze darauf anzuwenden. Bei der Behandlung im einzelnen lassen sich freilich weniger Spuren des Einflusses nachweisen. Zu nennen ist etwa die inductio in corporalem possessionem; die Annahme der Spoliation bei der Verweigerung der Zahlung von Reallasten kann dagegen nicht dahin gerechnet werden [1].

1) Ueber den aus dem Normannischen Rechte versuchten Beweis dafür s. u. §. 42.

Sechster Abschnitt.

Das Römische Recht in Spanien, Frankreich und Deutschland.

§. 40.

Einleitung.

Die Entstehung der modernen Gestalt des Römischen Besitzrechtes ist jetzt vollständig entwickelt. Dem Plane der Aufgabe zufolge würde nun die Verbreitung und weitere Entwicklung des in Italien gebildeten Rechts in den übrigen Ländern von Europa darzustellen sein. Eine vollständig erschöpfende Ausführung dieses Themas würde indessen doch der Mühe nicht lohnen; die Darstellung wird sich daher hier auf die drei Hauptländer, in die das Römische Recht Eingang gefunden hat, beschränken, und auch von diesen nur für Deutschland eine genauere Entwicklung geben, bei den beiden andern sich dagegen begnügen, nur in allgemeinern Zügen ein Bild der Entwicklung zu geben.

§. 41.

Spanien.

Das Römische Besitzrecht hat in Spanien seine Geltung eigentlich nie ganz verloren. Durch das Westgothische Gesetz-

buch vom VII. Jahrhunderte wurde ihm zwar, wie überhaupt dem Römischen Rechte, die unmittelbare praktische Geltung genommen [1]), allein da das Gesetzbuch, wie es überhaupt viel Römisches Recht enthält, namentlich auch den Inhalt des Valentinianischen Gesetzes über die Selbsthülfe aufgenommen hatte [2]), so war damit das Princip des Römischen Besitzesschutzes doch wenigstens der Sache nach in das Germanische Recht übertragen, und ihm damit die materielle Fortdauer gesichert.

Das Westgothische Gesetzbuch behielt seine Geltung bis in das XIII. Jahrhundert. Noch unter dem Könige Ferdinand III. von Castilien (1231—1252) soll die Spanische Uebersetzung desselben, die unter dem Namen Fuero Juzgo bekannt ist, entstanden sein [3]). Um diese Zeit muß dann aber die Kenntniß des Römischen Rechts von Italien aus von Neuem in Spanien eingedrungen sein, und damit dann zugleich auch die Mangelhaftigkeit des Westgothischen Gesetzbuches [4]) zum Bewußtsein gebracht haben. Wenigstens faßte bereits Ferdinand III. den Plan, ein neues Gesetzbuch auf der Grundlage des Römischen Rechts abzufassen, und sein Sohn Alfons X. der Weise (1252—1284) brachte denselben auch wirklich zur Ausführung. Es sind dieses die sogenannten *Siete Partidas*, das Gesetzbuch, welches noch jetzt die Grundlage des Spanischen Rechtes bildet [5]). Die Siete Partidas gaben zwar

1) Lex Visigoth. II. 1. c. 9. 10.

2) Lex Vis. VIII. 1. c. 2. Vgl. Savigny, Gesch. d. R. R. i. Mitt. B. 2. §. 26.

3) Savigny, a. a. O. §. 24. not. h—k.

4) Montesquieu, (E. d. L. 28. 1. a. E.) sagt darüber: ces lois sont puériles, gauches, idiotes, pleines de rhétorique, et vides de sens, frivoles dans le fond, et gigantesques dans le style.

5) S. darüber *Sanchez*, historia legal de España. (Madr. 1841.) T. II. p. 2—91.

dem Römischen Rechte seine unmittelbare praktische Geltung nicht wieder, allein da dieselben wenigstens im Privatrechte vollständig auf dem Römischen Rechte beruhen [1]), doch aber zu unvollständig sind, um das Römische Recht selbst entbehrlich zu machen, so gab es sich von selbst, daß das Römische Recht als nothwendiges Erklärungs- und Ergänzungsmittel dennoch mittelbar dadurch eine fast gesetzliche Geltung wieder erlangte.

Dieses Verhältniß findet nun namentlich auch beim Besitze statt. Die S. P. geben hier lediglich Römische Begriffe und Bestimmungen, aber dürftig und natürlich ganz in der Auffassung, die bei den Glossatoren in Italien die herrschende war. Der Besitz wird in dem Gesetzbuche an zwei Stellen behandelt. Den Pandekten entsprechend ist ein eigener Titel da: „De como se puede ganar ó perder la posesion ó la tenencia de las cosas“ (III. 30.), welcher aber nur 18 nicht sehr lange „leyes“ enthält; außerdem sprechen die l. 27—30. P. III. t. 2. von den possessorischen Klagen. Dabei sind nun zunächst die allgemeinen Begriffsbestimmungen durchaus die Römischen in der Auffassung der Glossatoren. So wird der Besitz im allgemeinen, offenbar nach Azo, in l. 1. III. 30. definirt:

> Posesion tanto quiere decir, como ponimiento de pies: et segunt dixieron los sabios [2]), posesion es tenencia, que home ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo et del entendimiento.

1) Ein neuerer Schriftsteller, Marina, (Ensayo sobre la legislacion de Leon y Castilla, especialmente — las Siete Partidas. Madr. 1834. T. II. p. 96) sagt über Part. III, die hauptsächlich Privatrecht enthält: Esta pieza seria perfecta en su género, si los compiladores — consultando mas á la razon que á la preocupacion, y desprendiéndose del excesivo amor, que profesaron al derecho romano, non hubieran deferido tanto y tan ciegamente al Código y Digesto, etc.

2) Die „sabios“ sind die Glossatoren, im Gegensatze zu den „antiguos,“ womit die Römischen Juristen bezeichnet werden.

In Betreff der Rechte wird dabei hinzugefügt:

— las cosas que non son corporales, como las servidumbras, — et los derechos — propiamiente non se pueden poseder, — mas usando dellas — es como manera de posesion.

Civil- und Naturalbesitz werden dann in l. 2. der Ansicht der Glossatoren gemäß nach den Bestandtheilen unterschieden:

— la *natural* es, quando home tiene la cosa por si mesmo corporalmiente, — *civilis* es, quando algunt home sale de casa, de que el es tenedor, non con entendimiento de la desamparar, mas porque non puede home siempre estar en ella.

Auch beim Besitze fremder Sachen wird in l. 5. eod. die Detention und der abgeleitete Besitz ganz wie bei den Glossatoren unterschieden, jedoch gleichfalls ohne genaue Principienbestimmung:

Labradores, et — otros que tienen arrendadas ó logadas cosas agénas, como quier que ellos sean apoderados de la tenencia dellas, pero la verdadera posesion es de aquellos, en cuyo nombre tienen —. Pero aquellos, que tienen á feudo, ó — usufruto, ó — cienso, si fueren apoderados, — ganan la posesion, — salvo — el senorio a sus duenos.

Sehr dürftig sind die Bestimmungen über die Klagen. Hier sind zwar in l. 27. und 28. cit. die allgemeinen Sätze aus l. 24. de R. V. und §. 4. J. de interd. aufgenommen, daß es vortheilhafter sei, possessorisch als petitorisch zu klagen, und daß der Besitzer den Vortheil der Freiheit von der Beweislast habe; ferner wird in l. 27. gesagt, daß man das possessorium und petitorium cumuliren könne, und daß der Gegner sich im possessorium auf sein Eigenthum nur dann berufen könne,

wenn er „luego ciertas pruebas," d. h. liquiden Beweis habe [1]); allein eine nähere Bestimmung der Besitzklagen selbst findet sich nicht, nicht einmal die Unterscheidung des possessorium retinendae und recuperandae poss. Das Einzige, was darüber aufgenommen ist, ist die Bestimmung der l. 30. über gewaltsame Besitzentziehung:

Forzado seyendo algunt home de cosa, — en su escogencia es de facer demanda á aquel á quien la fallare, ó al otro que la forzó porsi ó mandó á otro forzarla, ó á aquel que la rescebió del que sabie que la habie forzada.

Unter dem „a quien la fallare" kann hier nur einfach jeder Besitzer verstanden werden, so daß also damit die Theorie der Canonisten zum Gesetze erhoben ist. So versteht auch die Glosse von Diaz de Montalvo die Stelle. Höchst gedankenlos ist es dann aber freilich, daß daneben noch besonders in den Worten „que la rescebió etc." die beschränkte Bestimmung des c. 18. X. de rest. spol. aufgenommen ist.

Es versteht sich wohl von selbst, daß diese magern Bestimmungen nicht den Zweck, oder wenigstens nicht den Erfolg haben konnten, Studium und Anwendung des Römischen Rechtes entbehrlich zu machen, oder auch nur den Resultaten der Theorie und Praxis anderer Länder den Eingang zu verschließen, sondern daß vielmehr umgekehrt ihre Wirkung fast die einer eigentlichen gesetzlichen Einführung des Römischen Rechtes sein mußte, und sie daher alles jenes nur befördern konnten. Dieses bestätigt denn auch der Verlauf der spätern Geschichte. Die spätern Spanischen Juristen behandeln das Römische Besitzrecht gerade eben so als praktisch geltend, wie die Italiänischen, von

1) „Et esto tovieron por bien los antiguos por esta razon, porque etc." Die Bestimmung beruht also auf der Ansicht der Glossatoren über die exc. dominii in den Gl. zu l. 8. de d. m. e. und l. 37. de judic.

den Bestimmungen der Siete partidas ist dabei fast nie die Rede. Sie hindern weder, daß man anfangs die Schöpfungen der Italienischen Theorie und Praxis annahm, noch daß sich später eine reinere Erkenntniß des Römischen und Canonischen Rechtes verbreitete, und von da aus auch jene Schöpfungen angegriffen wurden. Nicht einmal die Definitionen von Besitz und Civil- und Naturalbesitz wurden zu stehenden Legaldefinitionen. Vielmehr haben die Juristen des XVII. Jahrhunderts allgemein nach dem Vorgange der Franzosen des XVI. Jahrhunderts die Definition: detentio rei cum animo sibi habendi, oder possidendi, oder cum affectu domini [1]); und in Betreff des Civil- und Naturalbesitzes sagt Ramos:

> — rejecta distinctione *Joannis* et *Bartoli*, rejectis et aliorum opinationibus recepta magis est in academia nostra et inter cordatiores interpretes *Alciati* sententia, cui post *Donellum*, *Fabrum*, et alios subscribit etiam *Valentia* [2]).

In neuerer Zeit scheint man jedoch auf die Definitionen der Siete part. wieder mehr Gewicht zu legen [3]).

Was nun namentlich das Recht der Italiänischen Praxis betrifft, so fand dieses anfangs vollständig Eingang, namentlich die Klage aus dem c. Red. und das Summariissimum; indessen ist gerade Spanien das Land, in welchem zuerst in

1) *Retes*, de acqu. poss. I. 1. §. 17. (*Meerm.* T. VII.) *Valentia*, ill. jur. tract. I. 2. c. 1. *Oroz*, de apic. jur. IV. 2. *Ramos*, de acquir. poss. I. §. 14. (*Meerm.* T. VII.)

2) *Ram.* l. c. §. 18—22. Ebenso *Retes*, l. c. §. 6. Eine eigene Erklärung hat Oroz a. a. O.: civ. p. est detentio rei, qua quis non tam corpori quam juri ipsi incumbit, natur., qua non tam juri quam corpori ejusve usui insistit.

3) Vgl. *Sala*, illustracion del derecho de España (Madrid. 1834.) II. 2. §. 13. III. 11. §. 14.

Europa eine entschiedene Opposition gegen jene Institute erhoben wurde. Der Jurist, der diesen Ruhm hat, ist Sarmiento de Mendoza († 1595). Besonders scharf trat dieser gegen die Klage aus dem c. Red. auf. Er sagt von ihr in seinen selectae interpretationes, II. 13.:

> Tria sunt judicia a doctoribus nostris ex mala legum et canonum interpretatione adinventa, quae lites plurimas et injustissimas excitant, non sine maximo reipublicae detrimento.

Er meint damit die provocatio ex l. diffam. des interd. Salvianum und die Klage aus dem c. Red. Von der letztern sagt er an einem andern Orte[1]):

> — invenerunt doctores quoddam remedium ad omnes justos possessores spoliandos et inquietandos, quod remed. ex c. Red. appellant.

indem er die Interpretation, worauf jene Klage beruhe:

> — iniqua et absurda, et contra legum et canonum mentem, et communem sensum hominum

nennt, und die Stelle vielmehr so erklären will:

> Textus ille nihil speciale disponit, sed generalia quaedam praecepta in eo ponuntur, sicut etiam in l. 7. D. I. 1. tria praecepta juris, ex quo textu nemo dixerit alia juris remedia esse sublata.

Diese Erklärung ist natürlich ungenügend, und somit konnte sein Angriff, so heftig und zum Theil begründet er auch war, unmöglich im Stande sein, die lange feststehende Praxis umzustoßen. Die Klage findet sich daher noch im XVII. Jahrhunderte in der Theorie[2]) wie in der Praxis[3]); doch wird sie von

1) Tract. de redit. eccles. I. 4.

2) *Barbosa*, coll. ad jus pontif. in c. red. etc. 18 de R. S. *Ramos*, l. c. append. II. 21.

3) *Azpilcueta*, consil. II. 5. *Fontanella*, decis. sen. Catalon. d. 91. n. 24. d. 136.

Manchen, wie z. B. Retes und Tellez [1]), ganz verworfen, und Andere, wie z. B. Gutierrez und Cevallos [2]), machen die Beschränkung, daß der dritte Besitzer, wenn er titulus und bona fides habe, nicht verklagt werden könne, wobei der letztere aber hinzufügt:

Fateor tamen, quod est quaestio de apicibus juris, et quod indiget caesarea decisione; interim tamen est quaestio pro amico.

Bei Gonzalez Tellez findet sich auch die Beziehung des c. Red. auf die Spolieneinrede wieder, da jetzt durch die Römischen Correctoren des Decrets die Schlußworte der Stelle wieder hergestellt waren. Die spoliatio per judicem und die Klage daraus wird übrigens nicht nur durch Retes und Tellez anerkannt, sondern ist selbst in der Nova recopilacion Philipp's II. IV. 13. l. 2. gesetzlich bestätigt. Ueber die spätere Gestaltung der Spolienklage in Spanien kann ich aus Mangel an Quellen keine Nachricht geben.

Auch das Summariissimum wurde von Sarmiento angegriffen. Er sagt in den select. interpret. II. 13. n. 9:

Doctores ex eorum propria opinione nulla legis auctoritate confingunt hoc remedium,

indem er als Grund angiebt:

— quum viderent nec causas petitorii nec possessorii finiri, invenerunt istud judicium possessorium possessorii, quod saltem finiretur causa principali durante.

Indessen hatte sein Angriff hier gar keinen Erfolg; Ramos sagt zwar:

— est in praxi hoc remedium receptissimum, quamvis in

1) *Ret.* de interdictis, III. 1. §. 25. *Tel.* comment. in c. 18. de rest. spol.

2) *Gut.* canon. quaest. I. 34. *Caev.* pract. quaest. n. 52.

disputando probabiliter impugnat Sarmiento;

Retes giebt aber auch dieses nicht einmal zu, sondern meint:

— nimio scrupulo praxin contra jus inductam censet Sarmiento [1]).

Das Summar. findet sich daher auch nicht nur ganz allgemein bei den theoretischen und praktischen Schriftstellern des XVII. Jahrhunderts [2]), sondern scheint sich auch noch bis in die neueste Zeit erhalten zu haben [3]). Die Gestalt übrigens, in der es erscheint, ist lediglich die seiner spätern Italiänischen Entwicklung, die es in dem Gutachten von P. de Castro hat, wie denn dieses auch eine Hauptquelle für die ganze Lehre bildet. Auf dasselbe stützt sich namentlich die Darstellung von Covarruvias († 1577), der in seinen practicae quaestiones, c. 17. zuerst eine vollständige Ausführung darüber gab, und daher die Hauptgrundlage für die spätern Darstellungen wurde. Dieser bestimmt den allgemeinen Charakter des Institutes dahin:

Forensis usus obtinuit, ut pendente lite — petatur a judice, quod dum ipsa controversia definitur, et interim pendet, actor vel reus defendatur, minimeque turbetur in ea possessione, quam tempore motae litis obtinebat, atque ita frequenter pronuntiari constat, praesertim apud suprema Castellanae reipublicae judicia.

Auf dieser Auffassung beruht auch die in Spanien übliche Benennung „judicium de interim“ oder „juicio entre tanto,“ indem die Fassung des Urtheils so lautet:

Entre tanto que este pleyto se vé y determina definitivamente, — sin perjuicio del derecho de las partes en posesion y en propiedad.

1) *Ram.* de acqu. poss. app. II. §. 8. *Ret.* de interd. III. 1. §. 2.
2) Auch bei den Portugiesen. *Valasco*, decis. Lusit. I. 79.
3) *Sala*, illustr. del derecho de España. III. 11. §. 16.

Daher ist denn auch weder bei Covarruvias noch bei den Spätern von dem Erfordernisse eines timor armorum irgend die Rede. Retes [1]) führt die entgegenstehende Ansicht von Merenda zwar an, sagt aber unter Berufung auf Postius:

— sed haec doctrina de stylo non observatur et indistincte locus est huic remedio.

Wie bei diesen Fragen, so finden sich auch beim Besitze der Rechte die Ansichten der Italiänischen Theorie und Praxis wieder. In Betreff des Umfanges seiner Annahme findet sich derselbe namentlich bei der Ehe ganz allgemein, bei Covarruvias so gut, wie bei Barbosa, Tellez, Retes, Sanchez [2]), und zwar stets ohne den geringsten Zweifel über seine Zuläßigkeit. Außerdem wird er erwähnt bei Kindschaft, Adel, den verschiedenen Rechten der Geistlichen, den Pensionen der Geistlichen u. a. [3]). Bei reinen Personalobligationen ist auch hier Streit. Cevallos z. B. verwirft ihn bei diesen unter Berufung auf die Italiänischen Legisten; Pereira de Castro will ihn zulassen, wenn die Obligation wenigstens auf 10 Jahre ist; Ramos sagt:

— quamvis legistarum sententia in disputando vera, obtinuit tamen magis in praxi contraria opinio pontificii juris interpretum [4]).

Auch die Behandlung der Klagen ist die gleiche, namentlich

1) De interdictis. II. 1. §. 2. Ebenso *Fontanella*, de pactis nuptial. VII. 3. 10. n. 61.

2) *Cov.* de matrim. II. 7. §. 5. n. 12. *Barb.* vota canon. II. 54. *Tell.* in c. 8. 10. 13. 14. X. de R. S. *Ret.* de interd. III. 1. §. 16. 17. *San.* de matrim. X. 9.

3) *Covarr.* de matrim. II. 8. §. 3. n. 6. var. resolut. I. 16. n. 12. *Retes*, de interd. V. 10. §. 42. *Barbosa*, de off. episc. III. 78. n. 38. 40. III. 127. praxis exig. pens. I. 2. vota canon. III. 106.

4) *Caev.* opin. commun. qu. 656. *Per.* cons. 6. n. 9. *Ram.* de poss. I. §. 2.

wird bei Reallasten die Weigerung als Spoliation behandelt [1]). Ramos und Retes [2]) machten hier zwar das reine Römische Recht geltend, der erstere verwirft die Anwendung des interd. U. P. auf Servituten, der andere die Annahme einer Spoliation bei Rechten wegen l. 4. §. 27. de usurp., indessen sagt der letztere von der entgegenstehenden Ansicht selbst:

> Haec sententia debet sustineri in praxi, quia frequentissime recepta est, licet contra rationem juris, et quia secundum eam exponendi sunt multi canones, quia eam supponunt vel admittunt.

§. 42.

Frankreich. Das Französische Recht.

Die Geschichte des Besitzrechtes in Frankreich ist etwas verwickelter als die von Spanien. Die bekannte Unterscheidung der Provinzen des droit écrit und des droit coutumier führte keineswegs dahin, daß in den einen das Römische Besitzrecht vollständig, in den andern gar nicht zur Geltung kam; sondern bewirkte vielmehr durch gegenseitigen Einfluß unter Einwirkung der Königlichen Gesetzgebung die allmählige Ausbildung eines gemeinsamen Rechtes. Es ist daher auch nöthig, hier neben, oder vielmehr vor, der Darstellung des Römischen Rechts eine kurze Uebersicht über die Entwicklung des nationalen Französischen Rechts zu geben, um so mehr, als darin zugleich auch noch eine nothwendige Ergänzung des oben gegebenen Germanischen Rechts liegt.

Bis zum XII. Jahrhunderte scheint in Frankreich die Ent-

1) *Barbosa*, praxis exig. pens. I. 2. collect. in c. 24. X. de elect.
2) *Ram.* de poss. app. II. §. 13. 14. *Ret.* de interd. III. 1. §. 9.

wicklung des allgemeinen Germanischen Besitzrechtes im Ganzen einen ähnlichen Gang genommen zu haben, wie in Deutschland. Das Wort „saisine," welches sich hier für Besitz findet, steht dem deutschen „Gewere" gleich, es findet sich auch eine der rechten Gewere entsprechende vraie saisine [1]), ebenso wird die Mobilienklage wie in Deutschland behandelt [2]), und namentlich behielt hier wie dort das processualische Beweissystem, wonach eigener Eid und Gottesurtheil (für welches sich hier hauptsächlich die Form des Zweikampfes festsetzte) an der Stelle des wirklichen Beweises stehen, seine Geltung [3]). Vom XII. Jahrhunderte an trat aber eine bedeutende Differenz ein. Der Einfluß des Königthums auf die innere Staatsverwaltung konnte sich in Frankreich bei dem kleinern Umfange des Reiches viel schneller entwickeln, als in Deutschland. Die Rechtspflege nahm daher viel eher als in Deutschland den modernen Charakter an. Schon im XII. und XIII. Jahrhunderte wurde die Idee ausgebildet, daß das Gericht nicht blos den Streit der Parteien bis zu ihrer eigenen Entscheidung durch Eid oder Gottesurtheil zu vermitteln, sondern selber als Vertreter des Gesetzes ihn zu entscheiden habe, daß es daher durch objective Beweismittel von der Wahrheit der Ansprüche der Parteien sich überzeugen müsse, und daß eben deshalb auch das Gericht das einzig erlaubte Mittel für die Geltendmachung rechtlicher Ansprüche sein könne. Damit waren aber die Grundlagen zur Ausbildung possessorischer Klagen gegeben, und diese nahm

1) „Nos apelons veraie sesine, quant aucun remaint sesi an et jor à la vue et à la seue de celui, qui demander peut, et ne veaut demander et se test." Aus dem noch ungedruckten Livre de justice et de plêt citirt bei *Klimrath*, travaux s. l'hist. du droit Franc. ed. Warnkoenig. T. II. p. 356.

2) Warnkönig, Franz. Rechtsgesch. B. 2. S. 352 ff.

3) Stein, (Warnkönig,) Französ. Rechtsgesch. B. 3. S. 213 ff. 545 ff.

daher auch bereits im XII. Jahrhunderte ihren Anfang.

Die ältesten Spuren davon finden sich in der Normandie und in dem Normannischen Rechte in England. Unter den sogenannten recognitiones per XII juratores (jurea, assisa), die Heinrich II. († 1184) in England und der Normandie zur Beseitigung des gerichtlichen Zweikampfes einführte, und die den Anfang der spätern Jury bilden sollen [1]), findet sich als Hauptfall eine recognitio de nova disseisina, d. h. eine Klage für gewaltsame Entziehung und Störung des Besitzes. Es ist dies die Klage, die noch jetzt in England zum Schutze des Besitzes dient [2]), und die in Frankreich, wo sie sich seit dem XIII. Jahrhunderte nachweisen läßt, den Ausgang für die spätern Klagen bildet. Die Englischen Rechtsquellen jener Zeit [3]) sind ziemlich reichhaltig darüber, so daß sich ein ziemlich vollständiges Bild davon geben läßt, von dem hier wenigstens die Hauptzüge Platz finden mögen.

Der Charakter der Klage ist unzweifelhaft possessorisch, wie denn der Gegensatz von „possession" und „proprete" dabei mehrfach hervorgehoben wird. Indessen sieht man doch deutlich, daß die Idee des reinen Besitzesschutzes erst bei der Klage selbst zur Entwicklung gekommen ist. Allerdings wird dieselbe in ihrer Entwicklung auf die Grundsätze gestützt:

1) Phillips, Englische Rechtsgesch. B. 2. S. 129 ff. 283 ff.

2) *Blackstone*, commentaries on the laws of England. T. III. ch. 10.

3) Nämlich aus dem XII. Jahrhunderte der „Tractatus de legibus Angliae" von Ranulph Glanvilla, Oberrichter von England unter Heinrich II.; aus dem XIII. Jahrhunderte drei Rechtsbücher, von denen das älteste nach seinem Verfasser „*Britton*" heißt, das zweite „*The myrror of justice*," das dritte nach dem Gefängnisse, in welchem es geschrieben ist, die „*Fleta*". Dazu kommen noch ein Paar Schottische Rechtsbücher, die nach ihren Anfangsworten benannt werden. Alle zusammen sind gedruckt in: *Houard*, traités sur les coutumes Anglo-Normandes. IV. Tom. 4°.

— nous volons, que toute gent plus use jugement, que force;

— la, ou deux sount, que nul droit ne ount, plus de droit ad le disseisi que le disseisour [1]).

allein ursprünglich ging sie bestimmt von der Altgermanischen Klage für den titulirten Besitz aus. Nach dem *Myrror of justice*, II. 25. findet die Klage statt:

— si ascun moy eject de mon tenement, dont jeo aye peceablement seisin per discent de heritage ou autre loyall title de possession.

Nach dem Schottischen „Quoniam attachiamenta," c. 54. geht die Recognition der Juratoren dahin:

— quod talis ipsum injuste — dissaisivit — de tali tenemento, de quo fuit vestitus et saisitus per dies et annos ut de feudo suo.

und ebenso sagt Britton, ch. 76. a. E. 47. i. A. [2]):

— soit examine par nos Justices, coment le pleintife y out fraunk tenement et par quel title. Car en nule demaunde ne suffist a soulement demaunder, si le demaundaunt ne monstre, par quel droit. — Title de fraunk tenement puit len aver — par succession, feffement, — jugement, — dowarie etc.

Der Uebergang zum reinen Besitze scheint dann dadurch gebildet zu sein, daß das alte Recht der Selbsthülfe gegen gewaltsame oder heimliche Usurpatoren eines Besitzes dahin beschränkt wurde, daß man es sogleich nach der Dejection, oder im Falle der Abwesenheit sogleich nach der Rückkehr und Kenntniß von der Occupation ausüben müsse, später dagegen nur noch durch Hülfe

1) Britton, ch. 44.
2) Aehnlich in der Fleta. IV. 7.

des Gerichts sich den Besitz wieder verschaffen dürfe. Man verband damit die Annahme, daß die Unterlassung oder das Mißlingen dieser Selbsthülfe von selbst einen Verzicht auf den Besitz enthalte, der dem Usurpator als Titel diene; so daß dieser also die Klage stets habe, sobald er nur so lange besessen habe, daß jenes Recht der Selbsthülfe erloschen sei. Dieser Gang der Entwicklung tritt bei Britton, ch. 44. und 47., und in der Fleta, IV. 2. und 7. deutlich hervor. Der erstere sagt:

> Le premier remedie pour disseisine est al disseisi, de recoiller amys et force, et sauns delay faire [1]) apres ceo que il le purra saver engetter les disseisours. — Si les disseisours eyent en peisible seisine en presence del disseisi, adonques ne list point al disseisi, engetter les disseisours sauns jugement. — et dounc le pleyntife ad mester, si il voille estre respoundu, que il die son title ou au meins, que il fuit en peisible seisine par taunt de temps, que il ne duist mye sauns jugement estre disseisi, *si que fraunk tenement luy fuit acru par la suffrance et la negligence de le verey possessour.*

Die weitern Bestimmungen für das Klagerecht sind im allgemeinen folgende. Kläger ist nur, wer Eigens- oder Lehensbesitz hat; der Pfandgläubiger, der Miether und die übrigen Detentoren haben die Klage nicht [2]). Verklagt werden kann nur der Spoliant selbst, sein Mandant, oder Herr, und sein Lehnsmann, dem er die Sache zu Lehn gegeben. Die Erben und dritten Besitzer haften nicht, außer wenn sie die Sache erst

1) Die Fleta sagt: — sine aliquo intervallo flagrante disseisina et maleficio rejiciat spoliantem, priusquam ad actum contrarium convertat. Für den Fall der Abwesenheit waren mehrere bestimmte Fristen, namentlich hat man nach der Rückkehr noch stets „quart jours as armes et amys coiller et force."

2) Glanvilla, X. 11. §. 1. Fleta, IV. 3. §. 1.

nach dem Beginne des Processes bekommen [1]). Gegenstand der Klage sind nur Immobilien, und Rechte, die ihnen gleichstehen, wie Servituten, Reallasten u. dgl. [2]). Klagegrund ist jede „disseisine." Unter disseisine wird aber jede widerrechtliche Verletzung des Besitzes verstanden, also nicht nur Entziehung, was das Wort zunächst bedeutet [3]), sondern auch Störung und Beeinträchtigung des Besitzes, so daß die Klage ebensowohl retinendae als recuperandae possessionis ist. Anwendung eigentlicher Gewalt ist unwesentlich, weshalb auch durch richterliche Verfügungen und Verweigerung von Reallasten disseisine geschehen kann [4]). Von den Einreden mag nur die der Verjährung berührt werden. Die disseisine muß „novel, nova" d. h. noch neu, noch nicht verjährt sein. Indessen war dafür keine bestimmte Verjährungsfrist; anfangs rechnete man nur nach der jedesmaligen „ultima transfretatio regis in Normanniam"; später, unter Eduard I., erklärte man alles für „neu", was nach der Krönung von Eduards Vater, Heinrich III. (im J. 1228), geschehen wäre, und dieses blieb, als ein Muster Englischer Rechtsbildung, bis zum J. 1540, wo durch Heinrich VIII. eine Verjährungsfrist von 50 Jahren festgesetzt wurde [5]). Hinsichtlich des Verfahrens ist hier nur hervor-

1) Fleta, IV. 2. §. 19—23. IV. 13. §. 1.

2) Fleta, IV. 1. §. 15. 16. Myrror of just. II. 25.

3) „Car il est *proprement* disseisi, que a tort est engette de ascun tenement, que il avera peisiblement tenu." Britton. ch. 42.

4) Glanvilla, XIII. 34—37. Fleta, IV. 1. §. 8—21. Gr. coutumier de Normandie, ch. 93. Den doppelten Charakter der Klage hat Duncker wohl nicht gekannt, als er in seinem Aufsatze über den Quasibesitz die Bestimmung des Normannischen Rechts, daß die Verweigerung der Reallasten dessaisine sei, zu dem Beweise benutzte, daß das Germanische Recht darin eine Entziehung des Besitzes gesehen habe.

5) Glanvilla, XIII. 33—37. Fleta, IV. 5. §. 13. 14. *Blackstone*, commentaries. T. III. ch. 10. (Ed. 15. p. 189.) Ueber andere Einreden s. Fleta IV. 10—14.

zuheben, daß dasselbe insofern ein beschleunigtes war, als dabei die vielen sonst zulässigen essonia, essoines, d. h. Entschuldigungsgründe für Versäumniß der gerichtlichen Termine, ganz ausgeschlossen waren; und außerdem daß nach dem Beginne des Processes die Sache stets sequestrirt wurde [1]).

Das Klagerecht wegen novel disseisine, wie es hier aus den Englischen Quellen dargestellt ist, findet sich im XIII. Jahrhunderte im wesentlichen nun auch nicht nur in der Normandie, sondern, wie es scheint, auch im übrigen Frankreich vollständig wieder [2]). Ausführlich beschrieben ist es im Grand coutumier der Normandie [3]), kürzere Erwähnungen einer Klage wegen nouv. dess. finden sich in den Entscheidungen des Pariser Parlaments [4]) und den Etablissements de St. Louis [5]). In den letztern ist sie bereits mit der exceptio spolii des Canonischen Rechts in Verbindung gebracht, die hier durch den Satz bezeichnet wird: nul ne doit pleder dessaisi. Als eigenthümlich sind dabei nur folgende Punkte hervorzuheben:

Von einem Titel des Besitzes zur Begründung der Klage ist hier keine Rede, auch die Dauer des Besitzes kommt nicht in Betracht; dagegen heißt es im Cout. de Norm. ch. 95.

Se aucun requiert la saisine, ou il a entre a force, ou qu'il receust de tel qui rien ny avoit, sil est ainsi, telle

1) Glanvilla, XIII. Fleta, IV. 5. §. 4.

2) Das ältere Französische und Englische Recht haben überhaupt so viel Aehnlichkeit, daß z. B. d'Aguesseau (Oeuvr. T. VI. p. 27.) sagt: on peut citer sans crainte une loi d'Angleterre pour prouver une ancienne coutume de France.

3) Ch. 93 — 97. Ueber die Quellen, Redactionen, Ausgaben dieses Rechtsbuches s. Warnkönig, Franz. Rechtsgesch. B. 2. S. 44 ff.

4) Les Olim. T. I. Arrêts: a. 1254. nro. 5; a. 1257. nro. 11; a. 1260. nro. 14; a. 1266 nro. 15; a. 1268. nro. 11 etc.

5) Die Ueberschrift von I. 65. lautet: D'hons, qui se plaint de nouvele desseisine. Die Etabl. sind vom J. 1270.

saisine ne luy doit pas estre rendue; car on doit hayr toute saisine, qui est prinse a force ou en larcin.

Die Verjährung der Klage tritt hier stets nach Jahr und Tag ein. Beim Verfahren gilt der Grundsatz, daß die Sequestration der Sache, die auch hier stets beim Anfange des Processes geschieht, unter Umständen für die Dauer des Processes wieder aufgehoben werden und die Sache einer der Parteien, namentlich dem Kläger, gegen Bürgschaft anvertraut werden kann. Man nannte das „recredere rem," woraus dann das Wort „recredentia" oder „récréance" gebildet wurde. Die Etablissements de St. Louis sagen darüber II. 5 und 9:

— recréance ne siet mie sans pleiges selon l'usage de cort laie —

Récréance ne doit mie estre vée, se il n'i a resnables causes — selon les coustumes du pais et de la terre [1]).

Unmittelbar nach den Etabl. des Heil. Ludwig, nämlich schon in den Coutumes de Beauvoisis von Beaumanoir vom J. 1283, dem vollständigsten und wichtigsten Rechtsbuche für das ältere Französische Recht, erscheint nun aber die ganze Klage für Entziehung und Störung des Besitzes in einer auffallenden wesentlichen Veränderung, und in der Weise, die im wesentlichen von da bis auf den heutigen Tag geblieben ist. Beaum. hat ein eigenes langes Capitel (32) über die Klage; in diesem stehen in §. 1—3 folgende allgemeine Bestimmungen an der Spitze:

1) Die Stellen sprechen freilich nicht ausdrücklich von Besitzklagen, und da die récréance auch bei andern Verhältnissen, namentlich beim Pfänden vorkommt, so könnte man zweifeln, ob sie auch auf jene zu beziehen seien, und ob überhaupt die récr. bereits im XIII. Jahrhunderte bei Besitzklagen angewendet worden sei. Da es indessen im Anfange des XIV. jedenfalls geschah, so sind die Zweifel doch unerheblich.

— cil meffet, de quoi noz volons traitier, sunt devisé en trois manieres, c'est à savoir: force, novele dessaisine et nouvel tourble. — *Nouvelle dessaisine* si est, s'aucuns emporte le coze, de lequele j'aurai esté en saisine an et jor pesivlement; — *force*, si on le m'oste à grant plenté de gent, ou à armes [1] —. *Nouviaux torbles* si est, se j'ai esté en saisine an et jor pesivlement, et on le m'empecque, si que je ne puis pas goir en autele maniere, comme je fesoie devant, tout soit ce que cil, qui m'empecque, n'emporte pas le coze.

Hier ist also zunächst formell der alte allgemeine Begriff von dessaisine, der Entziehung und Störung des Besitzes zugleich in sich faßte, aufgehoben, Entziehung und Störung getrennt, und das Wort dessaisine auf die erste beschränkt [2]; materiell aber ist für beide einerseits die Beschränkung, daß der Besitz Jahr und Tag gedauert haben muß, anderseits die Erweiterung, daß der vitiose Besitz nicht mehr ausgeschlossen ist. Die Verjährung ist nach §. 9. für beide Fälle die alte von Jahr und Tag. Ueber die Entziehung des Besitzes kommt aber in §. 22 bis 24. (s. a. §. 13) noch folgende weitere Angabe. Es wird ein Fall erzählt von Entziehung eines noch nicht einjährigen Besitzes und gesagt:

— et sor ce se mirent en droit, se P. seroit restablis, ou non. Il fu jugié, que P. seroit resaisis, tout n'eust il

1) Die force ist eine Unterart der nov. des. Beaum. sagt: nule force n'est sans dessaisine, mais dessaisine est biens sans force.

2) Noch bestimmter wird der Unterschied hervorgehoben in ch. 6. §. 10. 11: — quant on se veut plaindre de nouv. dess. — doit on dire: Sire, vés là J., qui m'a dessaizi etc. — La demande, qui est fete pour le tourble de saizine, se doit fere en autre maniere; car il a difference entre dessaizine et tourble et saizine. Donques doit on dire: Sire vés là J., qui me tourble etc.

pas esté en saisine an et jour.

woraus dann die Consequenz gezogen wird:

Et par cel jugement pot on veoir, que de quelque coze je soie en saisine, et que la saisine soit bone ou malvese, et de quelque tans que ce soit, soit grans ou petis, qui m'oste de cele saisine sans jugement ou sans justice, je doie estre resaisis avant tout oevre, se je le requier.

Hier wird also im Falle der Entziehung ganz entschieden schon dem einfachen Besitze ohne alle Ausnahme eine Klage gegeben.

Wie diese ganze Darstellung im Verhältnisse zum ältern Rechte aufzufassen und zu erklären sei, und wie namentlich die letzte Bestimmung mit den ersteren zu vereinigen sei, ist eine Frage, auf die sich eine eigentlich befriedigende Antwort wohl kaum wird geben lassen. Bei den Klagen für den Annalbesitz beruft sich Beaumanoir auf ein „neues" königliches Gesetz[1]), welches also von Philipp dem Kühnen, dem Nachfolger Ludwigs des Heil. sein müßte, welches aber nicht auf uns gekommen ist. Bei der Klage für den einfachen Besitz giebt er gar keine Quelle an. Aus dem königlichen Gesetze leitet er sie indessen offenbar nicht ab, vielmehr erinnern die Worte „qui m'oste — sans justice — estre resaisi avant tout" an den Satz der alten Canonisten „spoliatus sine judice est restituendus ante omnia." Die alte Klage des Normännischen Rechts darunter zu verstehen[2]), ist kaum möglich. Denn da diese Entziehung und Störung des Besitzes gleichmäßig umfaßte, so hätte bei ihrer Fortdauer die Einführung der neuen Klage für den Annalbesitz keinen rechten Sinn gehabt. Eine

1) De ces trois cas de novele dessaisine, de force, et de novel torble, est il ordené et establi coment on en doit ouvrer par une novele constitution, que li rois a fete, en le manière, qui s'ensuit.

2) Dies nimmt Warnkönig an. Franz. Rechtsgesch. B. 2. S. 310.

Fortdauer der alten Klage nur in Betreff der Entziehung stände aber an sich ganz unbegründet da, und würde auch eine Beschränkung des Besitzes enthalten, die zu den Worten Beaumanoirs:

> — parlons — de messes, sor les quix li rois a establi *novele* voie de justicier et *novele* vengance contre cix, qui les font;

wenig passen würde. Ueberdies ist aber auch Beaumanoir's Klage von der alten wesentlich verschieden, da sie für jeden Besitzer ist, bei der alten aber der fehlerhafte ausgeschlossen war. Somit ist es fast wahrscheinlicher, daß der ganze Normannische Schutz des einfachen Besitzes im übrigen Frankreich bisher überhaupt gar nicht gegolten hatte, sondern nur, wie in Deutschland, die vraie saisine, die rechte Gewere von Jahr und Tag eine Schutzklage hatte, daß daher Philipp's Gesetz nur diese neu regelte, und die Klage für Entziehung des einfachen Besitzes bereits die Spolienklage des Canonischen Rechtes ist. Man müßte dann bei den oben cit. Stellen der Olim und der Etabliss. das Erforderniß der einjährigen Dauer des Besitzes als stillschweigend vorausgesetzt ansehen.

Mag sich dieses nun aber auch verhalten wie es will, jedenfalls war im Resultate jetzt das Princip aufgestellt, daß der einjährige Besitzer wegen jeder Besitzesverletzung, Störung und Entziehung, eine Klage habe, der einfache Besitzer aber wenigstens wegen Entziehung. Von diesem Standpunkte aus scheint sich dann der Unterschied von saisine und possession im Sprachgebrauche gebildet zu haben, den der Grand coutumier de Charles VI. (um 1400) in II. 21. so ausdrückt:

> Jaçoit que le droit de possession et saisine n'aient point différence expresse, toutefois par coutume ils ont telle différence, que — *possession* se peut acquérir par occuper

seulement, — et par icelle possession continuée la *saisine* est acquise par an et jour.

Das weitere Schicksal beider Klagen war folgendes.

1) Bei dem einjährigen Besitze wurde die Trennung der Entziehung und Störung, da schon bei Beaumanoir keine materielle Verschiedenheit für die Klage damit verbunden war, nicht festgehalten, sondern beide Fälle wurden gleich im Anfange des XIV. Jahrhunderts zu einer Klage vereinigt, die complainte en cas de saisine et de nouvelleté, oder conquestio in casu novitatis heißt. Die Vereinigung geschah aber nicht so, daß die Klage, wie die Normännische querela novae dissaisinae, den doppelten Charakter einer actio recuperandae und retinendae possessionis hätte; sondern man behandelte die Entziehung des Besitzes dabei nur als eine Art Störung, und faßte die Klage daher durchaus nur als eine actio retinendae possessionis auf, welche dem Römischen interd. U. P. analog stände[1]). So sagt daher Johannes Faber im Commentar zu §. 4. J. de interd. n. 1. und 18. vom interd. U. P.:

> Haec materia tota practica est, maxime in curia Franciae, ubi quasi omnes causae sunt in casu novitatis, quod est fere U. P.
>
> Advocati curiae Franciae semper concludunt in vi turbativa, quaecunque sit vis.

Von welchem Gesichtspunkte man bei dieser Behandlung der Entziehung des Besitzes ausging, ist nicht gesagt; das wahrscheinlichste ist wohl, daß man die saisine, wie die deutsche Gewere, nicht blos als Besitz, sondern auch als Besitzrecht

1) Als Urheber dieser Behandlung giebt der Gr. coutum. II. 21. an: c'est messire Simon de Bucy († 1368) qui premièrement trouva et mit — sus les cas de nouvelleté. Allein schon der Stylus cur. parl. (v. 1330); und Johannes Faber (um 1350) kennen sie.

auffaßte, und insofern dann in der Entziehung des factischen Besitzes eine Störung der saisine als des Besitzrechts sah. Indessen brachte man den Satz schon früh mit dem Römischen Rechte und dem Erfordernisse des gegenwärtigen Besitzes beim interd. U. P. in Verbindung, und verlangte daher vom Kläger nicht nur, daß er saisine, d. h. Besitzrecht, sondern selbst daß er stets wirklichen Besitz bei der Klage habe oder wenigstens behaupte, was man im Falle einer Spoliation wahrscheinlich durch die Glossatorischen Ansichten über Civil- und Naturalbesitz vermittelte. So heißt es im Stylus curiae parlamenti (v. 1330) im Tit. de causa novitatis:

> — conquerens in casu novitatis cavere debet, ne dicat se spoliatum, quia in tali casu non posset agere hoc interdicto, quia hoc interdictum nunquam competit nisi illi, qui se dicit possidere, ut l. 1. §. 2. U. P.

und im Grand. coutum. II. 21:

> — il ne pourroit pas intenter la nouvelleté, s'il ne possédoit, ou contendoit posséder.

Ueberhaupt romanisirte man die Klage so weit als irgend möglich, namentlich überträgt der Gr. coutum. II. 21. die exc. vitii und die Duplicität des Interdicts darauf.

Die récréance dauerte fort; der Styl. cur. parl. giebt dafür folgendes Princip:

> In curia fit recredentia rei positae ad manum regiam illi, qui habet jus commune, vel promtiores probationes, vel ostendit titulum, vel summarie fundat in promtu intentum suum; et post fit inquaesta super possessione.

Es setzte sich ein eigenes summarisches Verfahren dafür fest; und wie man die complainte dem interd. U. P. gleichstellte, so identificirte man die recréance mit dem Italienischen Summa-

riissimum [1]). Indessen führte dieses doch nicht dahin, daß man sie wie jenes ganz von der Hauptentscheidung getrennt hätte, sondern sie blieb stets nur ein Theil des Processes der Complainte, und man unterschied daher in dieser „tria capita processus, rei sequestratio, recredentia, manutenuta" [2]). Das letztere ist die Hauptentscheidung über den Besitz, „in quo de plenissima irrevocabilique agitur possessione," indem man das Wort manutenere hier in der ältern Bedeutung, wonach es mit dem Summar. noch nichts zu thun hat, nahm.

2) Die Klage für den einfachen Besitz, von der es schon bei Beaumanoir zweifelhaft ist, ob sie nicht auf dem Canonischen Rechte beruhe, wurde im Verlaufe des XIV. bis XVI. Jahrhunderts jedenfalls vollständig mit der Klage aus dem can. Redintegranda identificirt. Schon Masuer und Gui Pape behandeln diese als vollständig geltend [3]), und im XVI. Jahrhunderte findet sie sich unter dem Namen Réintegrande ganz allgemein. Eguinar. Baro sagt von ihr:

> Recuperandae possessionis gratia „*redintegration ou redintegrande*" ex lege pontificia apud Gallos tralatitia est condictio, sive vi, metu, dolo, sive alia injusta causa despoliati simus rebus nostris, vel mobilibus —

und Imbert bestätigt ihre häufige Praxis:

> Frequentissimus est illius constitutionis (can. Red.) in foro etiam laico usus [4]).

In den Gesetzen findet sich die Réintegrande zuerst im J. 1539

1) *Guido Papa*, dec. aur. qu. 552. n. 5. *Masuer*, pract. tit. 9. *Rebuff*, com. in const. Gall. tit. de mat. poss. *Greg. Tholos.* syntagma, jur. 36. 25. n. 13.

2) *Imbert*, instit. forens. I. 16. not. a. I. 37.

3) *Mas.*, pract. Tit. IX. *Guido Papa*, decis. aur. qu. 553.

4) *Bar.* com. in Instit. Tit. de interd. p. 674. (Ed. 1550.) *Imb.* instit. for. I. 17. not. a.

in der Proceßordnung von Franz I. Art. 62. 63. Ihre Behandlung war, wie man schon aus der Stelle von Baro sieht, anfangs ganz wie in Italien. Später schränkte man sie aber mehrfach ein, ließ namentlich die Präsumtion dabei weg, und leitete aus Art. 61. des Gesetzes von 1539 [1]) einjährige Verjährung ab [2]). Die Ansicht von Ragueau [3]) indessen, der sich durch die Zusammenstellung der réintegrande mit der récréance in dem Gesetze von 1539 verleiten ließ, sie wie diese nur für ein Provisorium bei der complainte anzusehen, erlangte keine Anerkennung. In der Normandie blieb übrigens die alte querelle de nouv. dessais. bis in das XVI. Jahrhundert. Sie wird noch in der Ordonn. v. 1507, wodurch Ludwig XII. sein großes Proceßgesetz von 1498 auch in der Normandie einführte, in Art. 41. 42 anerkannt [4]).

Die ganze bisherige Entwicklung erlangte endlich gewissermaßen ihren gesetzlichen Abschluß in der Proceßordnung Ludwigs XIV. vom J. 1667. Hier hat der 18te Titel die Ueberschrift: „Des complaintes et réintegrandes;“ und darin werden in Art. 1 und 2 beide Klagen im allgemeinen dahin bestimmt:

1) Si aucun est troublé en la possession et jouissance d'un heritage, d'un droit réel, ou universalité de meubles, qu'il possédoit publiquement sans violence à autre titre

1) — il ne sera reçu *aucune* complainte après l'an —

2) *Rebuff*, com. in const. Gall. II. 1. n. 4. de sent. exec. art. 5. *Boerius*, decis. II. 238. Decis. capellae Tholos. 488.

3) Glossaire du droit Franc. v. Réintegrande.

4) Auch für Burgund und Toulouse werden in einer Ord. Ludwigs XII. v. 1520 Art. 51. 52. besondere „arrêts ou statuts de querelle de nouv. dessaisine“ angeführt, aber abgeschafft. Darauf scheint es sich zu beziehen, wenn *Bugnyon*, tract. leg. abrogat. IV. 2. sagt: Olim in Gallia statutum quer. de nov. diss. competere solebat, sed usum hunc antiquavit constitutio Ludovici XII. — duo dumtaxat remansere remedia possessoria, Complainte — et Réintegrande.

que de fermier ou possesseur précaire, peut dans l'année du trouble former complainte en cas de saisine et de nouvelleté contre celui, qui lui a fait le trouble [1]).

2) Celuy qui aura été depossedé par violence ou voie de fait, pourra demander la réintegrande par action civile et ordinaire, ou extraordinairement par action criminelle.

Beide Artikel setzen aber offenbar beide Klagen vollständig als rechtlich bestehend und im einzelnen bestimmt voraus, und sind daher nur als eine gesetzliche Anerkennung, nicht als eine neue Gestaltung derselben aufzufassen. Dennoch hat die einfache Nebeneinanderstellung der beiden Klagen zu dem Irrthume Anlaß gegeben, daß dieselben in dem gleichen Verhältnisse zu einander ständen, wie das interd. U. P. und U. V., die eine für Störung, die andere für Entziehung wäre, und daß daher das Erforderniß des Annalbesitzes, welches bei der complainte unzweifelhaft zu subintelligiren ist, gleichmäßig auch bei der réintegrande anzunehmen sei. Unter den ältern hat namentlich Pothier, unter den neuern Berriat de St. Prix diese Ansicht [2]). Die richtige Ansicht findet sich bei Argou und Henrion de Pansey [3]).

§. 43.

Das Römische Recht in Frankreich.

Daß die großen Französischen Romanisten des XVI. Jahrhunderts das Verständniß der Römischen Besitzlehre, namentlich in den theoretischen Fragen, um ein bedeutendes weiter gefördert haben werden, läßt sich von vorn herein nicht anders erwarten.

1) Dieser Art. ist fast wörtlich aus den Coutumes de Paris, art. 96.

2) *Poth.*, tr. de la possess. VI. 84. *Berr.*, cours de procédure civ. T. I. p. 117. (ed. 5.) Vgl. *Merlin*, répert. de jurispr. v. complainte.

3) *Arg.* instit. au droit Franc. II. 9. *Henr.*, de la competence des juges de paix. ch. 52. Vgl. *Denisart*, collect. de decis. v. complainte.

Eine eigentliche befriedigende Erledigung der vorhandenen Schwierigkeiten darf man bei ihnen indessen doch auch nicht suchen. Diese setzt vor allem eine philosophische Erkenntniß des Begriffes des Besitzes an sich voraus, und davon ist bei ihnen natürlich keine Rede. Ihr Verdienst besteht daher hauptsächlich in einer unbefangenern und gründlichern Interpretation der einzelnen Stellen, und in der Beseitigung der Beschränktheiten und Abgeschmacktheiten der Glossatorischen Theorieen.

So wird namentlich gleich bei der allgemeinen Auffassung des Begriffes der beschränkte Standpunkt der Glossatoren, die etymologische Bedeutung von possessio ohne weiteres als den eigentlichen juristischen Begriff des Besitzes zu nehmen, die beiden Bestandtheile des Besitzes ganz getrennt von einander zu halten, die Definition „jus detinendi" u. s. w. vollständig beseitigt. Connanus nennt diese Ideen geradezu „somnia male affectorum hominum." Die allgemeine Definition ist jetzt: detentio rei cum affectu tenendi, habendi, possidendi, dominandi; und dabei zweifelt Niemand, daß Detention ohne Willen ebenso wenig als Wille ohne Detention juristisch irgend als Besitz bezeichnet werden könne, daß aber Detention nicht blos als „sitzen" oder „halten," sondern überhaupt als factische Herrschaft, die auch bei Entfernung von der Sache da sein kann, zu verstehen sei. Weniger Klarheit ist über die materielle Richtung des animus possidendi. Die vorherrschende Ansicht ist, unter dem Einflusse von Theophilus, daß animus domini erforderlich sei, und jede possessio pro alieno vom eigentlichen Besitze auszuschließen sei. So Baro, Connanus, Duarenus, Corasius, Donellus, Hotman, Contius, Charondas, A. Faber u. a. [1]). Die Fälle des abgeleiteten

1) *Bar.* in §. 4. J. de interd. *Con.*, comment. III. 8. n. 3. III. 9.

Besitzes bleiben dabei entweder ganz unerklärt, oder werden sie auf eine Uebertragung des Besitzes gegründet, die aber nicht weiter gerechtfertigt wird [1]). Nur Einzelne, wie z. B. Cujas, Maranus, später Pothier [2]), nehmen die Fälle des abgeleiteten Besitzes mit in den eigentlichen Besitz auf, und beschränken daher den animus domini auf den Civilbesitz; nach einer Erklärung, warum gerade diese Fälle von Besitz pro alieno zum eigentlichen Besitze gehören, sucht man aber vergebens. Ueber die Ausschließung der Miether, Leiher, und der andern Detentoren in fremdem Namen vom eigentlichen Besitze, und darum auch von den Interdicten, ist nur eine Stimme. Auch der Anspruch an das officium judicis findet sich nur noch bei Einzelnen [3]).

Bei der Unterscheidung von Civil- und Naturalbesitz kommt Bassian's Ansicht gar nicht mehr vor, Azo's nur selten [4]). Vielmehr bezieht man den Unterschied allgemein auf die rechtliche, insbesondere civilrechtliche, Anerkennung und Wirksamkeit des Besitzes, im Gegensatze zu dem blos natürlichen oder natürlich rechtlichen Dasein und Wirken desselben. Dabei erklären Einzelne, wie Baro, Contius, später Argou [5]), jeden

n. 1. *Duar.*, com. de poss. c. 1. Com. in l. 1. de poss. *Cor.*, com. de poss. rubr. n. 3. 6. *Don.*, comment. V. 6. §. 4. 5. *Hot.*, com. verb. jur. v. possidere, naturaliter. *Cont.*, disput. I. 9. Schol. in l. 2. C. 7. 39. *Char.*, verosimil. I. 6. (Otto, T. I.) *Fab.*, rational. ad l. 3. §. 15. ad exhib.

1) Vgl. namentlich: *Donellus*, com. IX. 20. §. 4. *Connanus*, com. III. 8. n. 7. *Duarenus*, in l. 1. §. 15. de poss.

2) *Cuj.*, paratitla in C. 7. 32. Observ. IX. 33. *Mar.*, paratitla in D. 41. 2. Com. in l. 1. pr. de poss. *Poth.*, pandect. de poss. I. 2. §. 2.

3) Z. B. *Balduinus*, com. in §. 5. J. de interd. *Corasius*, com. in l. 12. §. 1. de poss. sum. 3. n. 55.

4) Doch bei *Duarenus*, disput. I. 18. *Rebuffus*, tr. de materia poss. praef. Auch *Corasius*, com. in rubr. de poss. n. 5. neigt dahin.

5) *Bar.*, com. in §. 4. J. de interd. *Cont.*, disput. I. 9. *Arg.*, instit. au droit Franc. II. 9.

rechtlich geschützten Besitz für Civilbesitz; die Mehrzahl dagegen rechnet nur den vollkommen wirksamen, also den Eigenthum und Usucapion gebenden, dahin [1]). Die ausschließliche specielle Beziehung des Civilbesitzes auf die Usucapion findet sich dagegen noch nicht.

Ueber den Schutz des Besitzes ist hier wenig zu sagen. Wesentlich neue Auffassungen von allgemeinerer Bedeutung finden sich dabei nicht. Die praktische Gestaltung desselben beruhte, wie oben gezeigt ist, vorherrschend auf dem Französischen Rechte, in der Theorie des reinen Römischen Rechtes aber war gerade hier weniger Bedürfniß und Gelegenheit zu durchgreifenden Veränderungen. Die Hauptfrage, die über die innere Begründung des Besitzesschutzes in der allgemeinen Natur des Besitzes und des Rechtes, kam freilich noch gar nicht zur Sprache. Die Interdicte werden einfach als in den Gesetzen gegebene Delictsklagen aufgefaßt, wobei nur für das interd. U. P. die Rücksicht auf die Regulirung des Besitzes zur Ordnung der Vindication mehr oder weniger hereingezogen wird [2]). In Betreff der einzelnen Klagen wurde zunächst die Zulässigkeit von Actionen und Condictionen für den Besitz neben den Interdicten in den Commentaren zu den betreffenden Stellen und

1) So Connanus, Donellus, Cujacius, Maranus, Hotman, Brisson, A. Faber, Pothier in den oben cit. Stellen. Daß Cujas in seinen spätern Vorlesungen (von 1588) den Besitz des praedo von allem juristischen Besitze, auch dem Naturalbesitze, ausgeschieden wissen wollte, und dadurch, wie einst Bartolus, zu drei Arten von eigentlichem Besitze neben der Detention kam, hat bereits Savigny hervorgehoben. C. sagt: Eam, quae nullo jure impudenter a praedone, nullum jus, nullum titulum adfingente vel praetexente sibi, possidetur, jus non novit, non spectat. (Opp. ed. Neap. T. VIII. p. 239.) Nur bei einem Schriftsteller wie Domat (Loix civiles, III. 7. pr.) konnte dieses Beifall finden.

2) S. z. B. *Donellus*, com. l. 13. c. 32. 33. *Cujacius*, paratitla in C. VIII. 4. 6. *Duarenus*, enarr. in Dig. c. XLIII. 16. 17.

sonst stets allgemein anerkannt [1]). Bei den Interdicten ist die Zusammenwerfung des interd. U. P. und des Summariissimum mit der Französischen complainte und récréance bereits oben angeführt. Sie war ziemlich allgemein. Selbst Cujas [2]) erklärt den einjährigen Besitz bei der complainte einfach für einen usus modernus des Interdicts. Beim interd. U. V. ist nur das neue Klagerecht zu erwähnen, welches Cujas hier erfand. Er glaubte die Französische Réintegrande im Römischen Rechte begründen zu müssen, und bildete daher aus l. 5. 6. 8. 11. C. unde vi und der Rubrik des Titels „si per vim vel alio modo" ein neues Klagerecht zusammen, ein:

— generale interdictum restitutorium momentariae possessionis, quod hodie beneficium reintegrandae possessionis appellamus [3]);

dessen Natur er im allgemeinen auf folgende Weise bestimmt:

— postulatur possessio momentaria per interdictum vel actionem ex causa interdicti ab eo, qui possessionem vi, aut dolo, aut metu, aut iniquo judicio spoliatus est; et quia statim restituenda est, dilata dominii quaestione, ideo dicitur momentaria.

Wie überall so fand er natürlich auch hier seine Nachbeter, so namentlich an Pothier [4]). Vom can. Red. ist bei den Romanistischen Theoretikern wenig die Rede. Wo er aber erwähnt wird, wird die Italiänische Auffassung in der Regel beschränkt

1) So sagt z. B. A. Faber in den Rational. bei l. 15. de cond. ind. „— mirum est, quod pro possessione rei mobilis recuperanda datur actio personalis, quum interdictum nullum datur. Eg. Baro vergleicht im zweiten Comment. zum Inst.-Tit. de interd. die „condictio triticaria, qua possessionem repetimus" mit der Klage des Französischen Rechts aus „simple saisine."

2) Paratitla in tit. Cod. uti poss.

3) Paratitla in tit. C. unde vi. Observ. XIX. 16. I. 20.

4) Pandect. 43. 16. append.

oder ganz verworfen. **Donellus** berührt ihn gar nicht, **Cujas** findet darin nur den Satz des Römischen Rechtes, daß das interd. U. V. in Betreff des „id, quo pervenit" nicht annal sei [1]).

Der Besitz der Rechte ist äußerst stiefmütterlich behandelt. Die Meisten begnügen sich mit der Anführung der Römischen Bestimmungen, genauere Untersuchungen darüber finden sich gar nicht. Doch sieht man aus einzelnen Aeußerungen, daß die Ansichten der Italiäner hier so ziemlich fortdauerten. So unterliegt namentlich die Annahme des Besitzes bei Personenrechten gar keinem Zweifel. **Cujas** spricht im Comment. zu c. 8. 10. 13. 14. X. de R. S. ganz einfach von der Spoliation und Restitution „ad instar interdicti U. V." zwischen Ehegatten; **J. Gothofredus** [2]) läßt ohne weiteres das Summariissimum für das jus praecedentiae der Fürsten und Gesandten bei Processionen zu; und im *Cod. Fabrianus* [3]) ist nicht nur im Einzelnen quasi possessio filiationis, clericatus u. s. w. angenommen, sondern auch der allgemeine Satz ausgesprochen:

> — generale illud est, ut, qui in quasi possessione cujuslibet qualitatis constitutus reperiatur, in ea retineri debeat, quousque contrariis probationibus superetur.

Daß man bei Obligationen früher den Besitz ganz allgemein annahm, ist bereits oben aus **Joh. Faber** angeführt. Noch **Gui Pape** und **Masuer** [4]) bestätigen dieses. Später be-

1) Com. in c. 18. X. de R. S. Vgl. *Corasius*, in l. 12. §. 1. de poss. sum. 3. n. 66. 67. *Ferrettus*, in l. 12. §. 1. de poss. *Balduinus* in §. 6. J. de interd. *Alteserra*, in c. 18. X. de R. S.

2) Tract. de jure praecedentiae. VII. 11.

3) Cod. Fabr. I. 2. def. 12. IV. 14. def. 8. 11.

4) *G. Papa*, decis. parl. Delphin. qu. 552. *Mas.* tract. de poss. n. 10. Der letztere fügt hinzu: potissimum si jus adhaereat personae incommutabiliter, quia ille est homo conditionatus.

schränkte die Praxis den Besitz jedoch auf dinglich radicirte Rechte [1]), und dieses wurde durch die Worte „droit réel" in der Ord. v. 1667 gesetzlich bestätigt. In Betreff der Klagen stritt man in der Theorie, ob die Sacheninterdicte auch auf die Rechte angewendet werden könnten. Donellus namentlich läugnete es, und wollte nur analoge Ausdehnung der speciellen Servituteninterdicte zulassen [2]). In der Praxis war darüber kein Streit, da die complainte ganz unzweifelhaft bei Rechten zulässig war. Für Reallasten nahm man dabei dem retentorischen Charakter dieser Klage zufolge das Princip an:

Cessation, contradiction, et opposition valent trouble de fait [3]).

Indessen wirkte die Ansicht des Canonischen Rechts, in der Verweigerung eine Spoliation zu sehen, wenigstens bis in's XVI. Jahrhundert noch insoweit nach, daß man die Wahl zwischen possessorium retinendae und recuperandae ließ [4]).

§. 44.

Deutschland. Das sechszehnte Jahrhundert.

Ueber das allmählige Eindringen des Römischen Besitzrechtes in Deutschland lassen sich keine specielle Nachweisungen geben. Die ersten Spuren finden sich in den Glossen zum Sachsenspiegel und zum Weichbildrechte, wo namentlich das interd. U. V. und die l. 7. C. unde vi mit dem Satze, daß man auch die unrechte Gewere nicht ohne Gericht brechen solle,

1) *Cod. Fabr.* VIII. 4. def. 10. *Imbert*, instit. forens. I. 16. not. b. *Bereng. Fernandus*, in l. 12. §. 1. de poss. n. 17.

2) *Don.*, com. in l. un. C. uti poss. Dagegen *Corasius*, in l. 12. §. 1. poss. sum. 3. n. 48. *Balduinus*, in §. 4. 7. de interd.

3) *Loisel*, instit. coutum. V. 4. n. 18.

4) *G. Papa*, decis. qu. 552. 629. *Cod. Fabr.* VIII. 4. def. 9.

in Verbindung gesetzt werden. Bereits vollständig tritt das Römische Recht dann in Tengler's und Brand's Laien- und Klagenspiegel auf, die beide eigene Titel über „gewaltige Entwörung" und „von betrüb oder irr im Besitz" haben.

Beide, so wie auch Brand's Expositiones titul. jur. civ., geben das Römische Recht ganz rein, ohne die Zusätze der Italiänischen Theorie. Daraus darf man indessen nicht schließen, daß diese keinen Eingang in Deutschland gefunden habe. Dieser fand hier so gut statt, als in andern Ländern, und so sehr, daß eigentlich die ganze Theorie und Praxis des XVI. Jahrhunderts gar nichts anderes ist, als eine Wiederholung der Italiänischen, nur daß gegen das Ende auch die Ideen der Franzosen einzudringen anfangen. Von selbstständigen Deutschen Theorieen ist eigentlich noch gar keine Rede. Um sich davon zu überzeugen, braucht man nur die allgemeinen Ausführungen über die Begriffe Besitz, Civil- und Naturalbesitz u. s. w. bei Zasius, Kling, Mynsinger, Schneidewin, Schard [1]) u. a. zu lesen, die in der That jedes eigenen Gedankens ziemlich vollständig entbehren. Nicht weniger ist die Praxis der Besitzklagen vollständig die Italiänische. So wird namentlich zunächst der c. Redintegranda ganz in der Italiänischen Weise behandelt, wie die Consilien von Goden, Everhard jun., Schurff, Mod. Pistor, Fichard, Schrader [2]), und insbesondere für die Praxis des Reichskammergerichts die Schriften von

1) *Zas.* in l. 1. pr. de poss. *Kli.* in pr. J. de usucap. n. 1—14. *Myn.* in §. 5. J. de interd. *Schnei.* in §. 5. J. de interd. *Scha.*, lexic. jur. v. poss. v. naturalis. Der letztere hat die Ansicht von Connanus und Cujas.

2) *God.* c. 13. 105. *Everh.* c. II. 1. n. 57—66. 89. *Schu.* c. II. 13. 32. *Pist.* I. 40. n. 85. II. 26. qu. 1. *Fich.* c. II. 44. n. 12. 13. *Schra.* c. II. 48. n. 119.

Mynsinger, Gylman, Klock, Meichsner, Gaill[1]) zeigen. Ebenso findet sich die spoliatio per judicem und die Klage aus dem c. 7. X. de R. S. Sie wird namentlich auch bei widerrechtlichen Administrativhandlungen der Behörden und Fürsten angenommen[2]), und ist in dieser Beziehung auch in den Reichsgesetzen anerkannt. Die K.G.O. II. 8. hat einen eigenen Titel über die „gemeinen schlechten Spolien" der Fürsten gegen ihre Unterthanen, „so nicht mit gewaltiger That, aber doch wider Recht geschehen." Dieser Unterschied ist zwar dem von Besitzentziehung mit und ohne Gewalt nicht ganz gleichzustellen, da unter Gewalt hier nur die verstanden ist, „welche dem Käyserl. Landfrieden und desselben Straff und Pön unterworfen ist;" allein daß man Besitzentziehungen durch Administrativverfügungen ohne eigentliche Gewalt jedenfalls auch mit zu den „gemeinen Spolien" rechnete, zeigt sich darin, daß in §. 1 diejenigen Säcularisationen von kirchlichen Gütern, die durch den Rel.Fr. von 1555. Art. 19 sanctionirt waren, ausdrücklich von den Bestimmungen des Titels ausgenommen werden.

Wie die Spolienklage, so ist auch das Summariissimum aus der Italiänischen Praxis herübergenommen. Vor den Nachweisungen darüber ist jedoch bei diesem zunächst die berühmte Bestimmung der K.G.O., die man so oft fälschlich für die eigentliche Quelle des Summar. hält, in ihrer Entstehung und Bedeutung näher zu beleuchten.

Schon im XV. Jahrhunderte waren die Besitzstreitigkeiten der Reichsunmittelbaren in Fällen eines zweifelhaften Besitz-

1) *Myns.*, observ. III. 85. *Gylm.*, symphor. I. 1. 7. vot. 3. n. 4. 5. *Klo.*, vota camer. 5. n. 48. 50. 97. 98. 322. *Mei.*, decis. camer. III. 13. n. 136—142. *Gai.*, observ. II. 75.

2) *Goden*, cons. 2. n. 8. 9. *Everhard jun.*, cons. II. 1. n. 13. *Schurf*, cons. III. 5. n. 7. 8. II. 58. 73. *Gaill*, observ. II. 76. *M. Pistoris*, cons. I. 26. n. 58—63.

standes eine große Quelle von Uebelständen für das Reich, da die dabei so natürliche eigenmächtige Behauptung des Besitzes regelmäßig zu Fehde und Krieg Veranlassung gab. Schon der R.A. von 1466. Art. 12 gab daher Bestimmungen dafür, und noch mehr beschäftigte sich der Schwäbische Bund mit der Frage[1]). Indessen mußten beide bei der Anordnung von „Austrägen" stehen bleiben, und konnten daher nicht viel wirken. Erst nach der Einführung des Reichskammergerichtes konnten auf der Grundlage der festen und dauernden Gerichtsbarkeit desselben wirksamere Bestimmungen getroffen werden[2]). Im R.A. von 1512. IV. §. 12 setzte Maximilian I. es durch, daß in allen solchen Streitigkeiten nicht die gewöhnlichen Austräge eintreten, sondern das K.-Gericht competent seyn solle. Die Bestimmung wurde auch in der zweiten K.G.O. von 1521. Tit. 32. §. 1 unverändert beibehalten. Indessen zeigte sich bald, daß mit der bloßen Verweisung jener Streitigkeiten an das K.-Gericht das Uebel der gewaltsamen Selbsthülfe keineswegs beseitigt war. Bei der Dauer der K.-gerichtlichen Processe war es zu natürlich, daß die Parteien wenigstens zur Erhaltung des Besitzes für die Dauer des Processes doch wieder zum Mittel der Selbsthülfe griffen. Das K.-Gericht hatte nun zwar in der Theorie der Italiäner vom Summar. ein Rechtsmittel, um dergleichen entgegen zu treten, und muß dieses auch angewendet haben. Allein da die K.G.O. selbst bestimmte, die Anstellung der Klage solle „keinem Theile an seiner Posseß ichts geben oder nehmen, dieweil die Parteien diß Streits halben vor dem

1) Außer den Stiftungsstatuten von 1488 f. die Beschl. von 1496. §. 9, 1500 Tit. 20, 1512 Tit. 18, 1522 Tit. 20.

2) Die Quellen für die nachfolgende Darstellung stehen im sechsten Bande des Staatsarchivs für das R.K.Gericht, und in Selchow's Conceptn der K.G.O. II. 21.

K.-Gericht hangen," so müssen sich die Stände gegen die Anwendung desselben mehrfach gewehrt haben. Das K.-Gericht machte deshalb auf dem Reichstage von 1532 den Antrag, daß ihm das Recht zum Summar. oder wenigstens zu Sequestrationen und Inhibitionen gegen die Fürsten förmlich eingeräumt würde. Allein die Reichsstände widersetzten sich dem Antrage, und er wurde daher in dem R.A. §. 15 mit der Bemerkung beseitigt, daß durch die K.G.O. bereits „hierin gnugsam Vorsehung geschehen" sei. Der Erfolg zeigte aber, daß dieses keinesweges der Fall war. Das K.-Gericht stellte daher bei der Revision der K.G.O. im J. 1547 seinen Antrag von Neuem, und es wurde deshalb in den neuen Entwurf II. 21. §. 3. die Bestimmung aufgenommen, daß wenn in einem Falle streitigen Besitzstandes zwischen Reichsunmittelbaren „Empörung, Weiterung oder Aufruhr" zu besorgen sei, das K.-Gericht das Recht haben solle, nicht nur auf Anrufen der Parteien, sondern selbst ex officio den Besitz zu sequestriren, oder den Parteien die Besitzhandlungen zu inhibiren, und dann nach summarischer Untersuchung einer derselben für die Dauer des Processes den Besitz zu geben. Diesesmal ging der Antrag bei den Ständen durch. Die Reichsstädte billigten die Bestimmung ausdrücklich, indem sie in ihrem Gutachten die Bemerkung dazu machten:

> „welches auch den Rechten gemäß ist, und also dem Pfälzischen Bedenken zuwider wol und füglich mag geordnet werden, sunderlich in Fällen, da es die hoch vor Augen wesend Not erfordert, ne parles veniant ad arma vel rixas.

Auch bei den beiden andern Reichs-Collegien muß das „Pfälzische Bedenken" keinen Anklang gefunden haben, wenigstens wird die Bestimmung in den von ihnen dem Kaiser übergebenen Be-

denken gegen den Entwurf, so wie in den weitern Verhandlungen nicht erwähnt. Somit wurde der Artikel im J. 1548 mit der Sanction des Entwurfes zum Reichsgesetze erhoben.

Sei es, daß bei der etwas summarischen Berathung der K.G.O. auf dem Reichstage von 1548, worüber sich später namentlich die Protestantischen Fürsten beklagten (Arch. §. 105), manche Fürsten die Bestimmung über den streitigen Besitz nicht gehörig beachtet hatten, oder sei es, daß sie bei der Anwendung derselben Erfahrungen machten, die sie ihre Zustimmung bereuen ließ, — jedenfalls wurden bei der neuen Revision der K.G.O. im J. 1555 viele Stimmen nicht nur gegen den Zusatz vom J. 1548, sondern jetzt gegen den ganzen 21sten Titel der K.G.O. laut. Im Collegium der Churfürsten wollten Manche die Competenz des K.-Gerichts bei Besitzstreitigkeiten ganz vollständig wieder aufgehoben wissen; das Collegium der Fürsten wollte sie wenigstens ganz auf die momentanea possessio und den Fall der Befürchtung von Gewaltthätigkeiten beschränken, weil sonst das K.-Gericht „fast alle Sachen an sich ziehen" könnte; man vereinigte sich indessen zuletzt dahin, vor der Hand die Bestimmung bestehen, und die neuen Anträge auf die nächste Visitation zu verweisen.

Diese erfolgte im J. 1556. Das K.-Gericht erklärte sich dabei zunächst auf die Mittheilung des Reichsmemoriales [1]) über jene Bedenken gegen jede Aenderung in den Bestimmungen des Tit. 21, da dieselben nur „dahin gerichtet seien, Fried und Einigkeit zu erhalten," und sich „derselben aus pillichen Ursachen Niemandts hohes oder niddern Standts zu beschweren" habe. Das K.-Gericht konnte dieses um so mehr sagen, da es erklärt, daß es die ganze Bestimmung nur in der Weise zur

1) Im Corpus juris cameralis. nro. 92.

Anwendung bringe, daß es ohne Gefahr von Gewaltthätigkeiten sich überhaupt gar nicht für competent erachte [1]), und zum Summar. stets nur dann schreite, wenn die Thätlichkeiten ganz unmittelbar bevorstehend wären. Die Fürsten, namentlich wieder Pfalz und Würtemberg, ließen sich jedoch dadurch nicht überzeugen, sondern reichten im folgenden Jahre eine lange, höchst unklar gedachte und noch unklarer geschriebene Beschwerdeschrift ein, worin sie unter vielem anderen namentlich behaupteten, der §. 3 habe zwar „ein billig Ansehen," sei aber „ganz beschwerlich, dunkel, weitläufig und ganz gefährlich," auch werden seine Gränzen vom K.-Gerichte nicht eingehalten; man solle ihn daher ganz aufheben, und auf andere Weise, namentlich durch einfache Inhibitions-Mandate helfen. Auf diese Schrift gab nun aber das K.-Gericht eine sehr geharnischte Erklärung ab, worin es die Unklarheiten der Beschwerdeschrift sehr gut aufwies, die Zweckmäßigkeit des §. 3 vertheidigte, und namentlich sagte, daß er „niemand, der zum Frieden geneigt sei, beschwerlich sei," daß es „nicht ex vano armorum metu mandata erkenne, sondern sehr vorsichtig damit umgehe," und daß, wenn es sich „etwa einmal zugetragen, daß auf ungleiche narrata der einen Partei, da die Gefahr sich, wie angegeben, nicht befunden, Process erkannt worden," dieses kein Grund sei, die ganze Bestimmung aufzuheben. Es beruft sich dabei namentlich darauf, daß die Bestimmung

„nicht von neuem erdacht ist, sondern aus den gemeinen Rechten gezogen, auch zuvor selbige in die K.G.O. ge-

1) Man scheint diese Beschränkung aus den Einleitungsworten des cit. Titels der K.G.O. abgeleitet zu haben: „Nachdem sich offt im Heil. Reich begibt, daß der streitigen Posseß halber Spän, Aufruhr und Widerwärtigkeit entstehen, haben Wir denselben zu begegnen gesetzt rc." Eigentlich sind dies indessen nur Enuntiativworte, und die Dispositivworte lauten ganz unbeschränkt.

kommen, am K.-Gerichte also practiciret worden, und an ihr selbst niemand beschwerlich ist, — noch auch unbillich oder iniqua, dieweil sie auf die l. aequissimum (l. 13. §. 3. de usufr.), und also auf die Billigkeit selbst, zur Erhaltung eines gemeinen Friedens fundirt und gegründet ist."

Zuletzt schließt es mit den kräftigen und seiner Stellung würdigen Worten: wenn Kaiser und Reich die Bestimmung aufheben wollten, so könne es das zwar nicht hindern,

„doch will man dieselben der Gebühr und Nothdurft nach noch erinnert haben, daß K.-Richter und Beisitzer nicht allein auf die Ordnung sondern auch gemeine Rechte gelobt und geschworen, und nach denselben zu urtheilen schuldig; derowegen, obschon solche Constitution in ordinatione ausgelassen, dennoch K.-Richter und Beisitzer jederzeit in vorfallenden Sachen nichts desto weniger auf gemeine Rechte dasjenige werden thun und vornehmen müssen, das sie Amtshalben und vermög ihrer Pflichten zu thun schuldig, inmassen denn auch hievor, ehe diese Constitution in die Ordnung kommen, in solchen Fällen auf die gemeinen Rechten jederzeit nothwendiges Einsehen und gebührliche Erkenntniß geschehen ist."

Eine so feste und würdige Sprache konnte der nur auf Selbstsucht beruhenden Beschwerde der Fürsten gegenüber ihre Wirkung nicht verfehlen. Der Reichstag erklärte die Sache für viel zu zweifelhaft, um bereits darüber entscheiden zu können, und ermahnte vielmehr die K.-Richter und Beisitzer:

„ihrem gegebenen Berichte und darin gethanen Erbieten sich in fürkommenden Sachen jederzeit gemäß zu erzeigen und zu erhalten."

So blieb also die Bestimmung des §. 3 bestehen, und erlitt auch später keine weitern Angriffe mehr.

Indessen hatten die bisherigen Verhandlungen doch die Wirkung, daß das K.-Gericht an der bisher eingehaltenen beschränkten Anwendung des ganzen Titels, nämlich zur Begründung seiner Competenz überhaupt timor armorum remotus, und für das Summar. timor armorum proximus zu fordern, streng festhielt. Es bezeugen das nicht nur die ältern K.-gerichtlichen Schriftsteller [1]), sondern es zeigt sich auch darin, daß in dem Concepte der neuen K.G.O. von 1613 zwei Zusätze gemacht wurden, in §. 1 beim Ordinarium die Worte:

„und daraus zu besorgen, die Partheyen zu thätlicher Handlung kommen mögten, und also metus armorum vorhanden,"

und in §. 3 beim Summar. die Worte:

„und die Partheyen jetzt allbereit mit thätlicher Handlung gegeneinander in Vorhaben Uebung und procinctu stünden."

Zieht man nun die Consequenzen aus dieser ganzen Darstellung, so ergibt sich zunächst von selbst, daß gar keine Rede davon sein kann, daß das Summar. durch die K.G.O. überhaupt erst entstanden, oder auch nur in Deutschland eingeführt sei. Die eigenen Erklärungen des K.-Gerichts widerlegen dieses. Eben so wenig ist aber auch die Ansicht haltbar, daß nach der K.G.O. die Zulässigkeit und der Umfang der Anwendbarkeit des Summar. für Deutschland überhaupt beurtheilt werden

1) *Koch*, com. in O. J. C. II. 21. (*Deckher*, monum. lect. cam.) Meurer, K.G.O. und Proceß §. 49. *Denaisius*, jus cam. v. possess. *Blum*, proc. cam. 31. §. 14. Auch spätere, wie Hofmann (prax. jur. cam. t. 5.), Tafinger (instit. jur. cam. §. 558 – 561.), Pütter (epit. proc. imp. §. 281. sqq.), haben den Unterschied von timor arm. remotus und proximus; wogegen andere beim Ordin. die allgemeine Competenz des K.-G. behaupten, z. B. *Tennagel*, tract. de decern. proc. II. 1. 4. *Ludolph*, com. de jure cam. I. §. 7. n. 12, Cramer, Gutacht. üb. d. Conc. d. K.G.O. bei Selchow II. S. 152.

müsse. Die K.G.O. hatte bei jener Bestimmung durchaus nur speciell die reichsunmittelbaren Fürsten und Herrn, und ihr besonderes Verhältniß zum K.-Gerichte im Auge; und wenn daher bei der Opposition der Fürsten gegen dieselbe der Reichstag die Anwendung des Summar. auf die Reichsunmittelbaren in keinem weitern Umfange, als geschah, festsetzen mochte, so kann daraus für das übrige Deutschland und die Territorialgerichte in keiner Weise irgend die geringste beschränkende Consequenz gezogen werden. Wenn das K.-Gericht schon beim Ordinarium zur Begründung seiner Competenz timor armorum voraussetzte, so verstand es sich von selbst, daß dieses Erforderniß um so mehr für die Anwendung des Summariissimum nothwendig war. Eben deshalb kann aber darin auch eine Mißbilligung eines anderweitigen weitergehenden Gerichtsgebrauches bei den Territorialgerichten in keiner Weise gefunden werden.

Dieses ist denn auch der Standpunkt der Juristen der damaligen Zeit. Sie sehen in der Bestimmung der K.G.O. durchaus nichts anderes, als eine beschränkte Bestätigung des allgemeinen Gerichtsgebrauches für die Verhältnisse der Reichsunmittelbaren. Die Territorialschriftsteller, wie Hartmann und Modestinus Pistoris, Pruckmann, Wesenbeck, Cothmann, Fichard [1]), erwähnen daher die K.G.O. noch gar nicht beim Summar., sondern stützen dieses lediglich auf die Italiäner, namentlich das Gutachten von P. de Castro. Besonders bezeichnend ist das Gutachten von Pruckmann. Dieser behauptet das Erforderniß des timor armorum, beruft sich dafür aber nicht auf die K.G.O., sondern nur auf die Italiäner, und bemerkt am Schlusse des Gutachtens, sein Quärent, dem er

1) *H. Pist.*, quaest. I. 45. n. 20. *M. Pist.*, cons. I. 51. *Pruck.*, cons. I. 23. n. 31. *Wes.*, cons. I. 1. n. 17. V. 213. n. 59. *Coth.*, resp. I. 20. *Fich.*, cons. 7. n. 4; 17. n. 3; 81. n. 6.

die Anstellung des Summar. wegen Mangels des tim. arm. abräth, habe dasselbe doch angestellt, und es sei vom Gerichte angenommen. Ebenso finden die K.-gerichtlichen Schriftsteller, wie Caspar und Werner Koch, Mynsinger und Gaill [1]), die eigentliche allgemeine Grundlage des Summar. in der Theorie der Italiäner, und sehen in der K.G.O. nur eine specielle beschränkte Anwendung desselben auf einen besondern Fall. Auch in den K.-gerichtlichen Relationen von Thilmann und Gyllmann [2]) wird der beschränkten K.-gerichtlichen Praxis des Summar. die allgemeinere der Territorialgerichte entgegengesetzt, die letztere aber keineswegs gemißbilligt, sondern im Gegentheil ausdrücklich für sehr lobenswerth erklärt.

Wie bei den andern Punkten, so findet sich endlich auch beim Besitze der Rechte durchaus die Theorie der Italiäner wieder. So unterliegt namentlich die Anwendung des Besitzes auf Personenrechte gar keinem Zweifel, und findet sich im einzelnen bei Ehe, väterlicher Gewalt, Adel, Bürgerrecht, persönlicher Freiheit, Aemtern, Ehren- und Rangrechten, namentlich dem jus sessionis, praeeminentiae, praecedentiae der Reichsfürsten [3]) u. a. Nicht weniger findet er sich natürlich bei allen Arten von Grundlasten, bei Bannrechten, Zöllen, Hoheitsrechten [4]) u. a. Auch in die Reichsgesetze ist dieser

1) *Koch*, com. in O. J. C. (*Deckher*, monum. lect. com.) *Myn.*, observ. II. 96. *Gaill*, observ. I. 5—7.

2) *Thilm. de Benignis*, observ. et decis. I. 1. nro. 9. *Gyllm.*, symphor. supplicat. pro proc. cam. T. I. p. 452.

3) *Canisius*, de sponsal. in c. 3. de divort. *Klinge*, causae matrim. tit. de divort. *Coler*, in c. 8. 14. X. de R. S. *Reusner*, decis. Jenens. I. 3. II. 8. *Reusner*, cons. II. 23. n. 23—25. *H. Pistoris*, quaest. IV. 19. *M. Pistoris*, cons. I. 26. n. 58—63. I. 51. n. 16. *Schurff*, cons. I. 78. *Schrader*, cons. 4. Responsa camer. (Spir. 1612.) num. 43.

4) *H. Pistoris*, quaest. IV. 19. *M. Pistoris*, cons. I. 12. n. 42. II. 6. n. 39. *Fichard*, cons. II. 44. n. 12. 13. *Klock*, vola camer. 57. n. 56.

Standpunkt übergegangen, indem sich in ihnen die „Possession vel quasi“ bei allen Hoheitsrechten, Kirchenrechten, Regalien, Steuern, Zöllen, Grundlasten, Exemtionen, Immunitäten u. s. w. findet [1]. Bei rein persönlichen Obligationen wird der Streit der Italiäner wiederholt [2].

Auch die Behandlung ist natürlich wie in Italien. Die Klagen sind die Interdicte des Römischen und die Condictionen des Canonischen Rechts, dazu das Summar. Die Anwendung des Ordinarium und Summar. ist auch in der K.G.O. ausdrücklich anerkannt, oder vielmehr als sich von selber verstehend vorausgesetzt, indem sie wiederholt sagt:

„Possession eines Gutes oder Gerechtigkeit, — Possession vel quasi — die Possession zu sequestriren, oder der quasi Possession halben anstatt der Sequestration zu gebieten —“

Bei den Grundlasten wird Weigerung allgemein für spolium erklärt [3].

§. 45.

Das siebzehnte und achtzehnte Jahrhundert.

Im Verlaufe des XVII. und XVIII. Jahrhunderts bildet sich in Deutschland allmählig eine selbstständige Behandlung des Besitzes aus. Die erste Anregung dazu gaben zwar meistens die Ideen der Französischen und Spanischen Juristen, allein die

1) Sanct. pragm. tit. 10. R.A. v. 1548. §. 56. 59. 63. Landfr. v. 1548. §. 1. R.A. v. 1555. §. 18. 20 u. sonst.

2) Klinge und Schneidewin z. B. sind gegen den Besitz (com. in §. 4. J. de int.). M. Pistoris (cons. II. 6. n. 46.), Oldendorp (lex. jur. v. poss.) sind dafür.

3) *Schurff*, cons. III. 74. n. 2. *M. Pistoris*, cons. II. 6. n. 39. *Guill*, observ. II. 10. n. 5. 75. n. 1. *Gyllmann*, symphor. I, 1. vot. 5. n. 7. *Klinge*, in §. 6. J. de interd. n. 5.

dogmatisirende und systematisirende Methode, die sich in dieser Zeit in Deutschland entwickelte, führte wenigstens vielfach über deren Standpunkt hinaus zu selbstständigen Auffassungen, und namentlich erwachte in Folge derselben allmählig das Bedürfniß, das Besitzrecht nicht mehr einfach als ein im positiven Rechte einmal gegebenes anzunehmen, sondern dasselbe in seiner innern Begründung und seiner Stellung und Bedeutung im gesammten Rechtssysteme zu erfassen. Freilich waren die Resultate, die aus diesen Bestrebungen hervorgingen, nichts weniger als wirklich befriedigend; indessen wurde doch dadurch eine größere Vielseitigkeit in die Auffassung gebracht, und so das richtige Verständniß mehr und mehr angebahnt. Auf die Praxis hatte dieses weniger Einfluß, diese behielt, abgesehen von einzelnen Modificationen, im allgemeinen den alten Standpunkt bei.

Dieser Charakteristik entsprechend wird namentlich zunächst bei der Bestimmung des Besitzbegriffes der alte Streit, ob der Besitz als jus oder factum detentionis zu definiren sei, im Anfange des XVII. Jahrhunderts erneut, und von da beide Jahrhunderte hindurch fortgeführt. Die Ansichten der Franzosen des XVI. Jahrhunderts über die factische Natur des Besitzes, die zuerst von Cludius, Obrecht, Treutler, Frider[1]) u. a. geltend gemacht wurden, gaben den ersten Anlaß. Eben weil diese dabei keine rechte Erklärung über die Stellung dieses factischen Verhältnisses im Systeme des Rechts zu geben wußten, wurde ihnen gegenüber die rechtliche Natur des Besitzes sogleich von Giphanius, Bachov, Frantzke,

1) *Clu.*, res quotid. VI. 10. III. 70. 71. *Obr.*, disput. I. 25. c. 2. *Treut.*, disput. II. n. 21. *Fri.*, de causa et mater. poss. I. 9—11. Auch bei den Holländern wurde die Französische Ansicht die vorherrschende. *Zoesius*, com. ad pand. 41. 2. n. 1—5. *Wissenbach*, disput. ad pand. 41. 2. n. 2. 3. *Vinnius*, sel. quaest. II. 36. *Voet*, com. ad pand. 41. 2. n. 1.

Hahn[1]) u. a. vertheidigt, aber freilich nicht besser, als daß man den Besitz entweder einfach für ein dingliches Recht neben Eigenthum und Servituten, oder für ein besonderes zwischen den jura in re und ad rem stehendes Recht erklärte[2]). Erst im XVIII. Jahrhunderte drang die factische Natur des Besitzes mehr durch, und man versuchte nun auch allmählig, eine dogmatische Begründung für den Schutz des Factums aufzustellen. Freilich sind die Versuche ziemlich schwach. So hat z. B. Cocceji noch weiter nichts, als die Behauptung, so lange das Recht unklar sei, müsse das Factum „ad instar juris" geschützt werden; Spangenberg hält das Verbot der Selbsthülfe zur Begründung für genügend; Hofacker glaubt, das Factum des Besitzes müsse wegen der mit ihm verbundenen rechtlichen Vortheile geschützt werden; auf eine eigentliche Erklärung verzichtend erklärt endlich Thibaut den Schutz des Factums einfach für eine legislative Nothwendigkeit[3]). Den tiefsten Blick bei der ganzen Frage, aber ohne irgend Beachtung zu finden, hatte unstreitig Kant, wenn er in seiner Rechtslehre S. 63 (vgl. S. 66, 76) sagt:

„Der Rechtssatz in Ansehung des empirischen Besitzes ist analytisch; denn er sagt nichts mehr, als was nach dem

1) *Giph.* in §. 5. J. 15. 4. n. 4—10. *Bach.*, not. ad Treutl. II. 21. C. *Fra.* in §. 5. J. 15. 4. n. 4 — 10. *Hahn*, D. de jure rerum et juris in re speciebus. (1643.)

2) Das erste that namentlich Hahn, dessen cit. Diss. eine ganze Reihe von Diss. für und wider hervorrief von Born, Struve, Gläser u. a. Seine Ansicht findet sich noch im XVIII. Jahrhunderte bei *Schaumburg*, comp. Dig. 1. 8. n. 2. *Böhmer*, jus Dig. I. 8. n. 15. u. a. Die zweite Ansicht stellte zuerst *Friesen*, pr. *Sturm*, D. de genuina poss. indole. (1725, in Sturm's ges. Diss. nro. 1.) auf, später findet sie sich namentlich bei Höpfner, Instit. Comm. §. 280, und *Nettelbladt*, jurispr. posit. §. 880.

3) *Coc.*, jus controv. I. 8. qu. 2. Spang., Lehre von Bes. §. 177. *Hof.*, princ. jur. §. 756. Thib. Bes. u. Verj. §. 2.

Satze des Widerspruchs aus dem letztern folgt, daß nämlich, wenn ich Inhaber einer Sache bin, derjenige, der sie wider meine Einwilligung afficirt, das innere Meine (meine Freiheit) afficire und schmälere. Der Satz von einem empirisch rechtmäßigen Besitze geht also nicht über das Recht einer Person in Ansehung ihrer selbst hinaus."

Gänzlich rathlos blieb man bei der Bestimmung des *animus possidendi* und der Ausscheidung des abgeleiteten Besitzes von der Detention in fremden Namen. Abgesehen von Einzelnen, die den Franzosen folgend schlechthin animus domini verlangten [1]), suchten die Meisten eine allgemeine Formel zu finden, die den Eigenthumsbesitz und den abgeleiteten gleichmäßig umfaßte, die Detention aber ausschlöße. So findet man die Formeln „animus sibi, oder sibi suaeque utilitatis causa, oder sibi suoque nomine habendi, an. dominii vel alius juris in re, an. juris cujusdam circa illam rem" u. s. w., die natürlich sämmtlich verfehlt, entweder zu enge oder zu weit, sind. Nur Einzelne, wie Leyser und Thibaut [2]), sprachen der ganzen Unterscheidung alle innere Begründung ab, und erklärten an sich jede Detention „aus irgend einem rechtlichen Grunde" für Besitz, und jene Unterscheidungen für Willkür des positiven Rechts. Daß indessen das Römische Recht doch jedenfalls diese Unterscheidungen mache, und daß der bloße Detentor die Interdicte nicht habe, wurde meistens anerkannt [3]), aber freilich durch die Zulassung der Spolienklage und des

1) *Obrecht*, disput. I. 25. c. 1. 5. *Treutler*, disput. II. 21. *Arumaeus*, disput. 20. 6.

2) *Ley*. medit. 451. m. 3. Thib. Bes. §. 1. 7—9.

3) Doch wurde auch aus l. 12. u. 18. de vi nicht selten die Zulässigkeit des interd. U. V. für den Miether u. a. abgeleitet, z. B. bei *Böhmer*, jus Dig. 43. 16. n. 5. *Schaumburg*, jus Dig. 43. 16. §. 3. *Wernher*, obs. for. III. 228. *Leyser*, l. c.

Summar. für die Detention meistens indirect wieder aufgehoben.

Nicht viel glücklicher war man bei der Bestimmung des Unterschiedes von Civil- und Naturalbesitz. Man stritt und schrieb bis ins Unendliche darüber. Indessen sind es stets die alten Unterscheidungen der Italiäner und Franzosen zwischen Besitz animo und corpore, mit oder ohne animus domini, gesetzmäßigem und gesetzwidrigem Besitze, eigentlichem Besitze und bloßer Detention, die bald so, bald so gewendet, bald auf diese, bald auf jene Weise modificirt, bald getrennt, bald combinirt, dem Unterschiede zu Grunde gelegt werden. Wesentlich Neues kommt dabei nicht zu Tage, so daß eine genauere Ausführung des Streites alles Interesses entbehren würde. Einzelne, wie z. B. Leyser und Titius [1]), verzweifelten übrigens ganz an einer genügenden Lösung der Frage, verwiesen aber den ganzen Streit von dem eigentlich praktischen Gebiete in das des bloßen Sprachgebrauchs.

Auch mehrere Versuche, den Besitz der Sachen und Rechte unter einem Gesammtbegriffe zu vereinigen, wurden durch das dogmatisirende Streben hervorgerufen. Titius, Alef, und Böhmer [2]) wollen den ganzen Besitz vollständig auf den Begriff der Rechtsausübung zurückführen. Allein sie wissen dabei noch so wenig, um was es sich eigentlich handelt, daß Alef bei jeder Detention in fremden Namen, der des Deposi-

1) *Ley.*, medit. 451. m. 4. „— interpretes rem ita implicarunt, ut ipsi, quid velint, ignorent. Et agnosco immedicabile vulnus, cui plene mederi nec ipse audeo.“ *Tit.*, obs. in Lauterb. 1027. „Distinctio illa eatenus vitilitigia et logomachias parere solet, ut satius fortassis esset, illam plane omittere. Sic v. c. superficiarius possidet; sed quid interest, sive possessionem illam cum Laut. naturalem, sive cum aliis civilem dicas?“

2) *Tit.*, obs. in Lauterb. 1022. *Alef*, D. de possessionis indole. (1743.) *Böh.*, jus Dig. 41. 2. n. 1. 6—8.

tars und Procurators ebenso wie der des Usufructuars und des Emphyteuta, eine juris possessio annimmt, und Titius, der sich im Grunde vom Sachenbesitze gar nicht losmachen kann, meint, der Sachenbesitz und der Besitz eines Patronatrechts habe gleichmäßig „rem corporalem pro objecto."

Bei den Klagen für den Besitz werden die Actionen, namentlich die Condictionen, neben den Interdicten bis zuletzt anerkannt; doch wird ihre Bedeutung für den Besitz nicht gehörig gewürdigt. Anfangs geben zwar Cludius, Frider, und Giphanius [1]) noch genauere Ausführungen darüber, und namentlich vertheidigt der letztere ihre Zusammenstellung mit den Interdicten gegen den Spanier Sarmiento, später aber werden sie in den Monographien über Besitz von Mößler, Spangenberg, Westphal, Sibeth, Thibaut gar nicht mehr erwähnt, und auch sonst nur gelegentlich [2]), nicht aber bei der Besitzlehre. Das Verständniß ihrer Bedeutung wurde auch vielfach durch die allgemeine Ansicht über die cond. triticaria, daß sie nur auf die Aestimation, nicht auf die Sache selbst gehe, gehindert [3]).

Von den Interdicten kommen beim interd. U. V. in der Auffassung des Römischen Rechts keine wesentliche Veränderungen vor. Das generale interdictum von Cujas wird nur von Einzelnen angenommen [4]), von den Meisten ignorirt,

1) *Clud.*, de cond. indeb. II. n. 59—63. VII. n. 6—11. *Frid.*, de interdictis, VI. 46—53. *Giph.*, explan. Cod. proleg. ad lib. 8.

2) So z. B. *Lauterbach*, colleg. 22. 6. n. 29. *Struvius*, exerc. ad pand. 18. th. 44. 52. *Cocceji*, jus controv. 12. 6. qu. 3; 13. 3. qu. 4. 5. *Malblanc*, princ. jur. §. 488. not. h. *Hofacker*, princ. jur. §. 3089. not. 5.

3) So z. B. bei *Stryk*, usus mod. 13. 3. §. 5. *Schilter*, exerc. ad pand. 24. §. 60. Die richtige Ansicht vertheidigt Cocceji a. a. O.

4) Z. B. *Frantzke* in §. 6. J. 4. 15. n. 23—25. *Böhmer*, de action. II. 4. §. 37. 38.

ausdrücklich bekämpft von Giphanius, Fleck, Westphal[1]). Dagegen erleidet die Spolienklage jetzt sehr bedeutende Modificationen. Sie wird wiederholt im allgemeinen und in einzelnen Punkten als gesetzlich unbegründet angegriffen und verworfen, und wird dadurch allmählig wenn auch nicht ganz beseitigt doch wenigstens sehr beschränkt, und auf eine eigene Weise umgestaltet. Im XVII. Jahrhunderte sind es namentlich zwei Angriffe, die gegen sie gemacht werden, im Anfange (1615) von Giphanius, und gegen das Ende (1674) von Casp. Ziegler[2]). Der erste wiederholte eigentlich nur den Angriff des Spaniers Sarmiento, und fand daher auch eben so wenig wie dieser selbst großen Anklang. Abgesehen von einzelnen Zustimmungen[3]) blieben Theorie und Praxis bei der alten Lehre, die für die Praxis namentlich von Mevius vertheidigt wurde[4]). Schon mehr Erfolg hatte Ziegler, der unter Zuziehung des Urtextes von Ps.-Isidor den c. Red. auf die exc. spolii beschränkte. Er fand wenigstens theoretisch ziemlich allgemeine Billigung. Gegen die praktischen Consequenzen seiner Ansicht trat indessen gleich im J. 1676 J. H. Bötticher in Helmstädt auf, und führte aus, daß die Klage aus dem

1) *Giph.*, explan. Cod. l. 8. unde vi. *Fleck*, de interd. U. V. p. 66 sqq. West. Besitz §. 319. 320.

2) *Giph.*, explan. Cod. proleg. ad lib. 8. *Ziegl.* com. ad can. Redint. Die Abhdl. steht auch in seinen Prael. in decretales und in Woltär's Observatiönen II. 35.

3) Z. B. *Frantzke*, in §. 6. J. 4. 15. n. 6. *Buchov.*, ad Treutl. disp. II. 25. 6. D.

4) Theorie: *Rittershus*, in §. 6. J. 4. 15. *Althus*, dicaeologia, I. 136. n. 24. *Maier*, coll. Argent. 43. 16. §. 23. *Frider*, tr. de interd. IX. 1—13. *Wissenbach*, exerc. ad pand. 43. 16. n. 28. *Hahn*, ad Wesemb. 43. 16. i. f. *Rhetius*, D. de judic. possessor. (1671.) II. 51. Praxis: *Carpzov.*, defin. I. 6. d. 8. *Mevius*, decis. VIII. 383. *Berlich.*, conclus. pract. I. 14. Consil. *Marburg.* III. 20. n. 26—28. *Christinaeus*, decis. IV. 135. n. 77. Consil. *Tubing.* III. 222. Resp. *Altorf.* II. 27. qu. 3.

c. Red. in der Praxis und Gewohnheit doch einmal feststehe, sich auch durch den canon selbst und andere Stellen des Canonischen Rechtes ganz wohl rechtfertigen lasse, und daher keineswegs aufgegeben werden dürfe [1]. Durch die speciellere Begründung dieser Ansicht wurde er dabei der Urheber einer ganz eigenen wichtigen Veränderung in der formellen Behandlung des ganzen Klagerechtes, nämlich der Aufstellung des Begriffes, den man heutzutage durch Actio spolii bezeichnet. Die bisherige Theorie kannte eine Actio spolii als einzelne bestimmte Klage noch nicht, sondern brauchte den Ausdruck nur im allgemeinen zur Bezeichnung einer jeden Klage wegen Spoliums, unterschied aber im einzelnen das interd. U. V. und die verschiedenen Condictionen aus den einzelnen Stellen des Canonischen Rechtes, namentlich dem c. Red. Indem nun aber Böttcher zur Aufrechterhaltung der Klage aus dem c. Red. alle dahin bezügliche Stellen des Canonischen Rechtes damit verband, so ergab sich für ihn von selbst der Begriff eines einzigen Canonischen Klagerechtes, welches nun nicht mehr an den c. Red. gebunden war, dem er daher im Gegensatze gegen das interd. U. V. technisch den Namen Actio spolii im engern Sinne beilegte, und für welches er die Definition aufstellte:

Actio spolii sensu stricto est condictio ex canone, omni cujuscunque rei possessione injuste privato competens contra ejusdem possessorem, ut restituatur.

An sich lag hierin eigentlich keine Veränderung, da die Klage aus dem c. Red. allein bereits dieselbe Ausdehnung gehabt hatte. Indessen war die neue Auffassung für den Bestand der Klage doch sehr wichtig; denn indem man das nicht mehr haltbare Terrain einer bestimmten einzelnen Stelle als Grundlage

1) *Bötticher*, D. de actione spolii. §. 10.

der Klage aufgab, und sich auf den unbestimmten Boden des Canonischen Rechts im allgemeinen und der Praxis zurückzog, nahm man der Kritik die Möglichkeit, durch eine einzige einfache Interpretation die ganze Klage auf einmal umzustürzen, und sicherte ihr auf diese Weise noch auf Jahrhunderte ihre sonst verlorene Existenz. Natürlich versteht es sich aber, daß Bötticher's Actio spolii nur erst allmählig in die Theorie überging; vor der Hand stand die Klage aus dem c. Red. selbst noch so fest, daß Ziegler's Angriff keine andere Wirkung hatte, als daß man ihm zwar theoretisch Recht gab, aber eine Veränderung der feststehenden Praxis danach doch allgemein für unzulässig erklärte. In dieser Weise, zum Theil selbst noch ganz unbedingt, findet man die Klage bei den Schriftstellern vom Ende des XVII. und Anfange des XVIII. Jahrhunderts, namentlich bei Brunnemann, Lauterbach, Grave, Schilter, Stryk, Struve, Berger, Leyser, Engelbrecht, Hoppe, Titius [1]) u. s. w.

Einen neuen heftigen Angriff hatte die Spolienklage noch im Anfange des XVIII. Jahrhunderts zu bestehen, wo J. H. Böhmer seine gewichtige Stimme gegen sie erhob [2]). Er verwarf nicht nur die Klage aus dem c. Red., sondern überhaupt jede Einführung eines neuen Klagerechtes durch das Canonische Recht, und ließ nur die Modification des interd. U. V. durch das c. 18. zu. Ebenso trat er entschieden gegen die Berufung auf die Praxis auf, da diese weder auf Recht

1) *Brun.* in l. 7. de vi. *Laut.*, coll. theor. pract. 43. 16. §. 22. *Gra.*, D. de indole rem. poss. ex c. Red. 1684. *Schil.*, exerc. ad pand. 47. §. 53—55. *Stryk*, us. mod. 43. 16. §. 1. de action. II. 2. §. 22. *Stru.*, synt. jur. civ. c. ann. *P. Mülleri*, 43. 16. §. 113. *Berg.*, oecon. jur. II. 6. th. 3. n. 1. III. 5. 26. n. 1. *Ley.*, medit. ad pand. 504. m. 9. *Eng.*, observ. 127. *Hop.* in §. 6. J. 4. 15. *Tit.*, obs. ad Lauterb. 1089.

2) Jus eccl. protest. II. 13. Doctr. de action. II. 4. §. 39. 40.

noch Billigkeit gegründet sei, und daher durchaus unverbindlich sei. Da er indessen manche der Neuerungen, die man dem Canonischen Rechte beilegte, nicht ganz läugnete, sondern sie vielmehr fälschlich bereits für das Römische Recht behauptete, so hatte auch sein Angriff trotz seines großen Ansehens nur den Erfolg, die Klage zu beschränken, keineswegs aber sie ganz aufzuheben. Die Spolienklage findet sich daher im allgemeinen bis zum Schlusse des XVIII. Jahrhunderts ausnahmslos in allen Lehrbüchern des Römischen Rechts, des Kirchenrechts, des Processes, der Klagen, und ebenso in andern namentlich praktischen Schriften [1]).

Mit dieser Uebereinstimmung in der allgemeinen Annahme der Klage ist nun übrigens keineswegs auch Klarheit und Uebereinstimmung in Betreff ihrer Behandlung im einzelnen verbunden; vielmehr findet dabei ein sehr bedeutendes Schwanken statt, und im allgemeinen ist die Richtung der Theorie und Praxis, die Klage mehr und mehr zu beschränken, nicht zu verkennen. Nimmt man die einzelnen Bestandtheile der Klage durch, so ist zunächst in Betreff des Klägers zwar von der Beschränkung der Klage auf Geistliche oder gar Bischöfe keine Rede mehr, dagegen ist ihre Anwendung auf die Detentoren fortwährend bestritten. Die vorherrschende Ansicht ist freilich in beiden Jahrhunderten für die Zulassung, wie man aus den oben citirten Schriften von Böttcher, Stryk, Berger,

1) Die Lehrbücher bedürfen keiner speciellen Citirung. Sonstige Citate ließen sich in großer Menge anführen, folgende mögen genügen: ***Fleck***, comment. de int. U. V. et de remed. spolii. 1797. Spangenberg, Besitz, §. 208. ***Pufendorf***, observ. II. 142. ***Schorch***, resp. Erford. 22. 48. 237. 329. ***Heineccius***, cons. I. 146. Cramer, Wetzl. Nebenst. B. 123. S. 445. ***Hommel***, rhaps. quaest. I. 275. ***Cannegiesser***, decis. Cassel. I. l. VII. 178. Pütter, Rechtsfälle, I. 27. qu. 2. Struben, rechtl. Bed. I. 141. (ed. Spang. III. 756.)

Struve, Leyser, Wernher, Heineccius, Hommel, Schmidt, Fleck, Thibaut u. a. sieht [1]). Da indessen viele von diesen die Zulässigkeit bereits aus dem Römischen Rechte ableiteten, so setzte sich die Ansicht, daß das Canonische Recht auch in dieser Beziehung etwas Neues eingeführt habe, nicht so fest, und als daher gegen das Ende des XVIII. Jahrhunderts beim Römischen Rechte die richtige Ansicht allgemeiner durchdrang, wurde die Zulässigkeit der Klage vom Standpunkte des Canonischen Rechtes vielfach nicht weiter in Anspruch genommen [2]).

Noch entschiedener wurde die Klage in Betreff der Person des Beklagten beschränkt. Im XVII. Jahrhunderte war die Praxis noch allgemein für die Haftung jedes dritten Besitzers. Selbst Ziegler glaubte sich ihr noch fügen zu müssen. Indessen finden sich doch auch einzelne Beschränkungen [3]), und der berühmteste „fabricator praxeos," wie ihn Böhmer nennt, Mevius, gab bereits die Unvereinbarkeit der Praxis mit dem c. 18. de R. S. zu [4]). So konnte es kaum fehlen, daß als nun im Anfange des XVIII. Jahrhunderts kurz nach einander

1) Dagegen sind aber z. B. *Linck*, cons. 69. n. 5—7. 35—40. *Mevius*, decis., VII. 159. (vgl jedoch auch I. 247. III. 43.) *Textor*, praxis judic. I. 17. n. 108. *Grave*, D. de remed. poss. ex c. Red. §. 2.

2) *Cocceji*, jus controv. 43. 16. qu. 4. *Brokes*, observ. 65. n. 10. *Becker*, D. de differ. inter spolia et al. deject. (1768.) §. 6. Liekefett, summar. Proc. B. 1. S. 153. *Hofacker*, princ. jur. §. 4086. 4088. *Malblanc*, princ. jur. §. 202. 203.

3) Z. B. daß der Dritte nur subsidiär für den Fall der Insolvenz des Spolianten hafte, oder nur, wenn er die Sache vom mal. fid. poss. habe, oder wenn der Kläger wenigstens „summarie de jure suo doceat," u. a. *Treutler*, disput. 25. 5. *Bachov*, adnot. ad Treutl. *Maier*, colleg. Argentor. 43. 16. n. 11. VI. *Berlich*, concl. pract. I. 14. *Engel*, colleg. jur. canon. II. 13. n. 19.

4) *Mevius*, decis. VIII. 383.

Cocceji, Böhmer und Cramer [1]) entschieden gegen die Praxis auftraten, und sie sogar selbst wenigstens in ihrer Allgemeinheit in Abrede stellten [2]), sie sich nicht länger halten konnte, und man daher gegen das Ende des Jahrhunderts ganz allgemein die Bemerkung findet, der Gerichtsgebrauch habe die alte Ansicht aufgegeben, und die Haftung des dritten Besitzers auf den Fall des c. 18. cit. beschränkt [3]). In Betreff des Gegenstandes der Klage bleibt dagegen die alte Ansicht, daß die Klage auf körperliche und unkörperliche, bewegliche und unbewegliche Sachen gleichmäßig gehe, durchaus unangefochten. Selbst Böhmer machte hier keine Opposition. Eben so wenig ist bei der Bestimmung des Klagegrundes darüber ein Streit, daß eine eigentliche Gewalt, eine vis atrox, wie im Römischen Rechte, zur Begründung der Klage nicht nothwendig sei, sondern daß sie durch jede Eigenmacht begründet werde, also namentlich durch jede heimliche Besitznahme, bei Mobilien folglich durch Diebstahl, durch unbefugte und unförmliche Verfügungen der richterlichen und anderer Behörden [4]), durch Verweigerung der Zahlung bei Reallasten,

1) *Cocc.*, jus contr. 43. 16. qu. 7. ***Böh.*** jus eccl. II. 13. §. 7—12. ***Cram.***, opusc. III. 3.

2) Auch *Balthasar*, D. num ex usu fori rem. poss. recup. detur contra tertium b. f. possessorem. (1727) soll dieses bestreiten.

3) Auch bei Schriftstellern, die sonst sehr an alten Ansichten hängen, wie Estor, Claproth, Mößler, den beiden (Klagen) Schmidts, Spangenberg, in ihren Werken über Proceß, Klagen, und Besitz. Der Versuch von *Woltaer*, observ. II. 35. n. 28. 32, die alte Ansicht zu retten, ging unbeachtet vorüber. Mit Recht machte er c. 2. C. 3. qu. 2. geltend, aber mit aller Gelehrsamkeit vermochte er das c. 18. nicht zu beseitigen.

4) Darüber existiren zwei Dissert. *J. A. Meier*, de judice spoliatore, 1718. *Chr. Henne*, de spolio a judice commisso. 1768. Einzelne Fälle finden sich fast in allen Sammlungen von Consilien, Responsen und Decisionen. In Müller's Promtuarium v. spolium, n. 1. 5. 9. 15. 23. 27. sind mehrere citirt.

Ausschließung von Wahlen u. s. w. Auch Böhmer nahm dieses an, nur glaubte er, daß bereits das Römische Recht diese Erweiterung habe. Ob aber bei Zwang, Betrug, nichtigen Verträgen, und andern Fällen einer Besitzentziehung durch Vermittlung des eigenen Willens des bisherigen Besitzers, die Klage stattfinde, darüber läßt sich eine bestimmte allgemeine oder auch nur vorherrschende Ansicht gar nicht ermitteln. Manche bejahen [1]), Manche verneinen es [2]), die Meisten aber sprechen sich gar nicht bestimmt darüber aus, und drücken sich auch sonst so schwankend aus, daß man deutlich sieht, daß sie sich über eine scharfe Abgränzung der Klage nach dieser Seite selber gar nicht klar waren. Dagegen findet sich im XVIII. Jahrhunderte noch eine andere neue Erweiterung des Klagegrundes, daß nämlich die Klage nicht blos bei Entziehung, sondern auch schon bei bedeutenden Störungen des Besitzes angestellt werden könne. Die Ansicht findet sich in theoretischen Werken und in praktischen Entscheidungen [3]), wurde indessen stets bestritten [4]) und erlangte nie allgemeine Anerkennung. In Betreff des Beweises des Klagegrundes verschwindet die Präsumtion der Spoliation im XVIII. Jahrhunderte vollständig [5]). Dagegen wird bei den Einreden die Unverjährbarkeit, d. h. unter 30 Jahren, fast

1) Z. B. *Mevius*, decis. VIII. 384. *Böhmer*, consult. II. 2. 1156. n. 24. Spangenberg, Besitz, §. 208. *Malblanc*, princ. jur. §. 203.

2) Z. B. *Böllicher*, D. cit. §. 40. Schmidt, Klagen, §. 217. nro. 7.

3) Claproth, summar. Proc. §. 90. not. m. Mößler, possess. Klagen, S. 304. 311. Gönner, Proc. B. 4. nro. 81. §. 23. *Ludolph*, consult. et decis. I. 41. p. 1032. Struben, rechtl. Bed. I. 141. (ed. Spang. III, 756.)

4) Z. B. *Böhmer*, consult. II. 2. 1024. n. 29. Estor, Reichsproc. §. 460. Hofmann, Reichspraxis. §. 1507. C. G. Schmidt, Klagen, S. 331.

5) *Cramer*, observ. V. 1371. *Wernher*, observ. for. VI. 327. *Linck*, cons. 93. n. 7.

allgemein festgehalten. Böhmer gesteht, daß er mit seiner entgegengesetzten Ansicht in der Hallischen Facultät nicht durchgedrungen sei [1]).

Beim interd. U. P. ist hier nur die Geschichte des Summariissimum näher auszuführen. Auch bei diesem fand der Angriff des Spaniers Sarmiento, wie bei der Spolienklage, mehrfache Nachfolger, zuerst an Giphanius, dann auch an Andern [2]). Indessen war ein eigentlicher Erfolg hier noch viel weniger möglich, da man hier in der K.G.O. doch eine gewisse gesetzliche Stütze für die bisherige Theorie und Praxis hatte. Diese fanden daher auch an Cludius und namentlich Carpzov sogleich so gewichtige Vertheidiger [3]), daß von einer völligen Verwerfung des Summar. später keine Rede mehr war. Ganz ohne Wirkung blieben jene Angriffe indessen doch auch nicht. Die Unhaltbarkeit der Ableitung des Summar. aus dem Römischen Rechte brachten sie doch zur Anerkennung, und bewirkten damit, daß man diese in der Theorie allmählig ganz aufgab, und, da man eine gesetzliche Grundlage doch nicht glaubte entbehren zu können, nun meistens geradezu die K.G.O. als die eigentliche Quelle ansah. Dies ist der Standpunkt der Theorie im ganzen XVII. Jahrhunderte. Am vollständigsten ausgeführt ist er in der Hauptschrift über das Summar. aus dem XVII. Jahrhunderte, dem Tractatus ad O. J. C. XXI. 3. de summariissimo von Georg Pfannkuch vom J. 1670; allein

1) Die übrige Praxis war nicht weniger zähe. *Wernher,* obs. VI. 485. VII. 54. *Hommel*, rhaps. quaest. 57. *Horn*, responsa. XII. 22. n. 11. *Berger*, oeconomia juris. ed. 7. II. 6. §. 3. p. 401. *Malblanc,* princ. jur. §. 203. V.

2) *Giphan.*, explan. leg. Cod. p. 301. *Frider,* tr. de interd. c. 13. n. 24 sqq. *Rauchbar*, quaest. ins. II. 6. n. 33. *Bachov*, ad Treutl. disp. II. 33. th. 5. lit. E. F. G.

3) *Clud.*, de mater. poss. IV. n. 30 — 40. *Carpz.*, resp. I. 9.

er findet sich ebenso auch bei fast allen andern, z. B. Treutler, Meier, Hahn, Frantzke, Brunnemann, Born, Richter, Grave, Lauterbach, Schilter, Stryk [1]). Die Hauptfolge davon war natürlich, daß man das Summar. nothwendig auf den Fall beschränken mußte, daß Gewaltthätigkeiten, ja eigentlich genau genommen „Aufruhr und Empörung", wie die K. G. O. sagt, zu befürchten wären. Dies geschah denn auch ganz allgemein, und zwar so sehr, daß z. B. Klock das Summar. bei Geistlichen fast ganz ausschließen will, weil „eorum arma sunt preces, orationes et lacrymae," und Pfannkuch es für „absurdum" erklärt, „ob dissidia plebejorum, forte agasonis vel bajuli, ad extremitatem legum confugere, quasi nulla alia restent remedia subditos corrigendi" [2]). In der Praxis drang indessen diese Theorie keineswegs durch [3]), diese behielt das Princip von P. de Castro, stets für die Dauer des Besitzprocesses provisorische Besitzzuweisung zu erkennen, bei. Zwar findet sich die Beschränkung des Summar. auf den Fall von Gewaltthätigkeiten in einzelnen Urtheilen [4]), allein diese können nur als Ausnahmen angesehen werden. Die ganze Sächsische Praxis hielt sich jedenfalls an Carpzov, der keinen timor armorum verlangte, und wurde hierin durch die

1) *Treut.*, disput. II. 25. §. 4. *Mei.*, coll. Argent. 43. 17. n. 19. *Hahn*, obs. ad Wesenb. 43. 17. n. 6. *Fran.* in §. 4. J. 4. 15. n. 22—25. *Brun.*, de processu fori. I. 46—48. *Born*, D. de act. in factum pro retin. poss. c. 3. *Rich.* D. de parte judicii manutent. I. 6. *Grave*, D. de jud. poss. summar. §. 10. *Laut.* coll. theor. pract. 43. 1. §. 9—13. *Schil.* prax. jur. Rom. ex. 13. §. 10—12. *Stryk*, us. mod. 43. 17. §. 1—3.

2) *Klock*, cons. I. 40. *Pfannkuch*, l. c. I. 6. n. 37—39.

3) Auch in der Theorie findet sich die ältere Ansicht bei Einzelnen, z. B. *Vultejus*, de judic. I. 2. n. 37. *Hiltrop*, processus I. 4. n. 81—100. *Althus*, dicaeol. I. 138. n. 31.

4) *Klock*, cons. cit. *Brunnemann*, cons. 72.

Gesetzgebung wenigstens indirect anerkannt [1]), und daß auch die übrige Praxis denselben Standpunkt habe, sagt nicht nur Stryk, der theoretisch die entgegengesetzte Ansicht hat, sondern zeigt sich auch in Consilien und Entscheidungen bei Tabor, Linck, Richter, Lynker, Mevius, Cocceji, und der Tübinger Facultät [2]).

Natürlich konnte eine solche Differenz zwischen Theorie und Praxis nicht lange fortdauern. Eine von beiden mußte nachgeben. Bei der Spolienklage hatte wenigstens in einzelnen Punkten die Theorie gesiegt, beim Summar. siegte die Praxis. Zwar traten im Anfange des XVIII. Jahrhunderts noch einmal kurz nach einander (1720 und 1721) zwei Stimmen vom Standpunkte der K.G.O. entschieden gegen die Praxis auf, der berühmte Böhmer, und ein wenig bekannter Professor in Marburg, Namens Waldschmidt [3]). Allein nur dem erstern gelang es, seine Ansicht in der Hallischen Facultät durchzusetzen [4]). Waldschmidt's Ansicht findet sich zwar in einem Urtheile eines Hessischen Untergerichtes vom J. 1733 angenommen [5]), allein die Marburger Facultät erkannte im J. 1741, wie es scheint namentlich unter U. Cramer's Einflusse, dahin, daß das Summar.

— auf arma und poss. litigiosa vermög textus O. J. C. gar unschicklich restringirt wird, da weiter darab nichts

1) Indem in einer Dec. elect. von 1661 für den Fall des tim. arm. ausnahmsweise unbeeidigte Zeugen zugelassen werden.

2) *Stryk,* us. mod. 43. 17. §. 3. *Tab.*, decis. 82. 84. *Lin.*, cons. 14. n. 30; c. 93. n. 10—13. c. 100. n. 4. *Rich.* decis. III. 104. *Lyn.* cons. I. 136. n. 26. 27. *Mev.* dec. I. 139. V. 177. 178. *Cocc.* cons. III. 187. 328. Cons. *Tubing.* I. 34. n. 28. I. 140. II. 172.

3) *Böhmer,* D. de vero usu rem. poss. ordinar. et summar. *Waldschmidt,* D. de origine, usu, et abusu poss. summar.

4) *Böhmer*, consult. III. 2. c. 713. n. 5.

5) Bei Estor, Reichsproceß. B. 4. S. 155, citirt.

folget, als daß auch allda das Summar., und gar mandata sine clausula statt haben, mit nichten aber, daß sothane Constitution pro norma Summariissimi zu halten seye [1]). Die gleiche Ansicht wird in einem Urtheile bei Heineccius vom J. 1740 ausführlich begründet, und liegt ebenso in Urtheilen bei Schorch, Schöpff, Hommel, der Tübinger Facultät, Overbeck, zu Grunde [2]). In Uebereinstimmung damit aber steht die Theorie des XVIII. Jahrhunderts. Schon Berger erklärte sich im J. 1704 entschieden für die Ansicht der Praxis [3]), und von da an ist das Erforderniß des timor armorum theils ausdrücklich, namentlich unter Berufung auf Berger, theils stillschweigend durch Nichterwähnung und Aufstellung des Principes von P. de Castro in allen Lehrbüchern des Civilrechts und Processes und in sonstigen Schriften [4]) verworfen. Zwar taucht am Ende des Jahrhunderts bei einzelnen Theoretikern, Grolman, Malblanc und Claproth [5]) die alte Theorie von der K. G. O. wieder auf, bei allen dreien aber ohne alle selbstständige Begründung rein als Wiederholung der Böhmer'schen Ansicht.

Der Standpunkt der spätern Italiänischen Praxis behielt somit dem Resultate nach die Herrschaft. Indessen hatte man

1) *Cramer*, observ. I. 417.

2) *Heinec.* cons. I. 4. n. 14. 15. *Scho.*, decis. 123. n. 31. *Stryk et Schoepff*, cons. II. 16. *Hom.*, rhaps. quaest. 422. Cons. *Tubing.* VI. 33. Overbeck, Meditationen, B. 9. nro. 458.

3) Electa process. possessor. §. 3.

4) J. B. *Müller*, obs. ad Leys. V. 822. 835. Schmidt, Klagen, §. 151. not. l. nebst dem Commentar von Schmidt jun. dazu. Hommel, Anleit. z. refer. §. 140. Spangenberg, Besitz, §. 182—3. Mößler, possessor. Klagen, III. §. 11. *Kind*, quaest. for. III. 16. not. d. Pfotenhauer, Verf. i. S. d. neuesten Bes. §. 3. a. E.

5) Grolm., gerichtl. Verf. §. 238. *Malb.*, princ. jur. §. 200. not. g. Clapr., summar. Proc. §. 31.

nichts weniger als ein klares Bewußtsein von dem ganzen Gange der Entwicklung, und so war es daher sehr natürlich, daß sich über die Natur des Summar. und sein Verhältniß zum Ordinar. allmählig die verschiedenartigsten Ansichten bildeten. Anfangs sah man wie in Italien das Summar. durchaus nur als einen Theil des eigentlichen Besitzprocesses an, ja man zweifelte selbst noch längere Zeit, ob nur beim Uebergange zum Ordinar. eine neue Klage nöthig wäre [1]). Allein diese Verbindung beider Processe hörte doch bald auf, und schon Böhmer klagt, daß die Praxis ganz allgemein beide vollständig von einander trenne. Mit dieser Trennung und der Auffassung des Summar. als eines selbstständigen possessorischen Processes war nun aber den Mißverständnissen über das Verhältniß von Ordinar. und Summar. die Thüre geöffnet. Factisch machte sich die Sache von selbst so, daß im Summar. bei der summarischen Untersuchung des Besitzstandes in der Regel nur auf die neuesten Besitzhandlungen gesehen wurde, die indirecte Entkräftung dieser Handlungen durch Nachweis von älteren Besitzhandlungen und die Einrede der Fehlerhaftigkeit dagegen in das Ordinar. verwiesen wurden. Daran hielt sich die Theorie, und bestimmte daher den Unterschied von beiden dahin, daß im Summar. über das bloße Factum des gegenwärtigen, neuesten, jüngsten Besitzes gestritten werde, im Ordinar. dagegen über Alter und Rechtmäßigkeit des Besitzes. Einzelne hielten dabei noch an dem ursprünglichen Standpunkte fest, daß es auch im Ordinar. eigentlich nur auf den gegenwärtigen Besitz ankomme, und daß daher Alter, Titel, Fehler des Besitzes dabei nur indirect in Betracht kommen [2]); allein die meisten verloren den richtigen Gesichts-

1) Hofmann, Reichspraxis, §. 1483. *Schaumburg*, prax. jurid. II. 4. §. 3.

2) *Cocceji*, cons. II. 488. n. 13—16. *P. Müller*, adnot. ad Struv.

punkt jetzt ganz aus den Augen. Es entstand jetzt die Ansicht [1]), daß in c. 9. X. de probat. das interd. U. P. dahin geändert sei, daß nicht mehr gegenwärtiger sondern älterer Besitz seinen Klagegrund bilde, sei es weil aus diesem eine Präsumtion für den gegenwärtigen Besitz, oder geradezu ein Recht auf den gegenwärtigen Besitz folge. Ebenso wird die Rücksicht auf Titel und Fehler des Besitzes verwirrt; Manche verlangen die Angabe des Titels nur zur Unterstützung der Fehlerlosigkeit des Besitzes, pro coloranda possessione, wie man es nannte [2]), warnen sogar vor unnöthiger Hereinziehung desselben, Andere dagegen halten seine Angabe geradezu für wesentlich nöthig, entweder schon an sich, oder wenigstens zur Begründung des animus possidendi und der Fehlerlosigkeit des Besitzes, nähern also das Ordinar. vollständig der actio Publiciana [3]) u. s. w.

Wie rathlos man in der Unklarheit über das ganze Rechtsinstitut herumtappte, zeigt sich namentlich deutlich in den verschiedenen Ansichten über seine historische Entstehung. Das Canonische Recht, die Glossatoren des Römischen Rechts, das alte Germanische Recht, die neuere Deutsche Praxis, die K.G.O. werden gleichmäßig bald so bald so für die Quellen des Summar. erklärt, ja Estor [4]) glaubt sogar, Karl V. habe es aus Spanien mitgebracht, und Hommel [5]) kehrt das ganze

synt. jur. ex. 45. §. 120. not. γ. *Pufendorf*, observ. II. 112. Pütter, Rechtsfälle, I. 166.

1) Schon Treutler, Meier, Hahn u. a. haben sie; indessen findet sich bei Lauterbach, Stryk, Böhmer u. a. wieder die richtige Ansicht.

2) Außer den Processualisten s. namentlich *Gasser*, D. de colore possessorii ex jure in re. 1731. *Böhmer*, de action. II. 4. §. 15. Schmidt, Klagen, §. 157. Mößler, possessor. Klagen, IV. §. 7.

3) J. B. Hofmann u. Hommel a. a. O. Gönner, Proc. B. 4. S. 81. §. 13. 14. *Schorch*, resp. Erford. nova coll. nro. 18.

4) Reichsproceß, B. 4. §. 311. 312.

5) D. de processu possessorio summariissimo. qu. 1.

Verhältniß geradezu um, indem er das Summar. für das einfache interd. U. P., und das Ordinar. durch das Canonische Recht eingeführt erklärt. Einen Versuch, den Unterschied von Ordinar. und Summar. durch die Kantische Philosophie in's Klare zu bringen, machte Gönner in seinem Handbuche des Processes, brachte aber dadurch nur noch mehr Verwirrung in die Sache.

Uebrigens darf man sich den Einfluß dieser Verschiedenheit der Theorieen über die allgemeine Natur des Summar. auf die einzelnen praktischen Sätze bei demselben nicht zu groß denken. Diese blieben vielmehr im Ganzen ziemlich dieselben, wie sie in der Praxis althergebracht waren. Sie sind in der Hauptsache folgende:

Das Summar. ist possessorium retinendae possessionis. Die Italiänische Ansicht, daß es auch bei den interd. adipisc. possess. anwendbar sei, wird namentlich von Cludius und Pfannkuch bekämpft [1]), und verschwindet später ganz. Die Ansicht aber, daß auch die Spolienklage in Summariissimo verhandelt werden könne, wurde zwar in beiden Jahrhunderten mehrfach aufgestellt [2]), fand aber nie allgemeine Verbreitung [3]).

Kläger ist jeder Detentor. Diesen Satz nahm man zuerst einfach von den Italiänern an, und behielt ihn nachher aus dem offenbar ganz ungenügenden Grunde bei, weil es im Summar. nur auf das Factum des wirklichen gegenwärtigen Besitzes ankomme. Er findet sich daher gleichmäßig bei Clu-

1) *Clud.*, de mater. poss. IV. 144 — 5. *Pfann.*, de summar. I. 7. n. 3 — 9.

2) *Carpzov*, resp. I. 9. n. 19. *Schwanman*, observ. camer. 59. *Ludolph*, obs. for. I. 4. Moser, Reichshofraths-Proceß, IV. 10. §. 9. Struben, rechtl. Bed. I. 141.

3) *Schilter*, praxis jur. Rom. ex. 13. th. 12. *Berger*, electa proc. poss. §. 4. *Böhmer*, D. cit. III. §. 5. *Leyser*, medit. 505. m. 4.

dius, Pfannkuch, Berger, Böhmer, Pfotenhauer u. a. und in Urtheilen bei Lynker, Wernher, Leyser, Böhmer, Hommel[1]). Beklagter ist jeder, der den Besitz stört, mag er eigenen Besitz behaupten oder nicht. Die Beschränkung auf possessio litigiosa im Gegensatz der bloßen turbata, die man aus der K.G.O. ableiten wollte, fiel mit der größeren Trennung des Summar. von der K.G.O. von selbst weg. Gegenstand sind alle Sachen, an denen Besitz möglich ist, körperliche und unkörperliche, bewegliche und unbewegliche. Klagegrund ist Besitz und Störung desselben. In Betreff des Besitzes ist es allgemeines Princip, nur auf die neuesten, jüngsten Besitzhandlungen zu sehen[2]), in Betreff der Störung ist ein unentschiedener Streit, ob sie real sein müsse, oder ob auch verbale genüge[3]). Bei den Einreden war die Zulässigkeit der Einrede der Besitzfehler sehr bestritten. Principlos erklärte man sich bald der K.G.O., oder des altdeutschen Rechtes, oder des selbstaufgestellten Unterschiedes zwischen Summar. und Ordinar. wegen gegen die Zulässigkeit[4]), bald der Billigkeit,

1) *Lyn.*, resp. II. 67. n. 16. 17. II. 169. n. 68—70 *Wern.*, enunc. fori. I. 152. *Ley.*, medit. 451. m. 3. *Böh.*, consult. II. 2. d. 1234. n. 2. *Hom.*, rhaps. quaest. 275.

2) In der Sächsischen Praxis entstand hier, und zwar erst nach Carpzov, durch ein ganz verkehrtes Herbeiziehen der Stellen des Sachsenspiegels über rechte Gewere ein großer Streit, ob nicht Besitz von Jahr und Tag zum Summar. nöthig wäre, der erst in der Erl. P. O. von 1724 verneinend entschieden wurde. Vgl. *Carpzov*, resp. I. 9. definit. for. II. 7. d. 14. *Berger*, electa proc. pos. §. 22. *Hommel*, D. cit. qu. 5. rhaps. 18. *Kind*, qu. for. III. 15. Pfotenhauer, neuest. Bes. §. 9.

3) *Menken*, D. de turbatione possessionis verbis vel scriptis facta. 1730. Pfotenhauer, neuest. Bes. S. 20 ff.

4) Außer den theoret. Schriften von Pfannkuch, Böhmer, Hommel u. a. s. *Mevius*, dec. IX. 117. V. 177. *Wernher*, obs. I. 434. *Cramer*, obs. III. p. 125. 145. IV, p. 65. 66. *Hommel*, rhaps. 178. *Heineccius*, cons. I. 4. n. 10. I. 25. n. 9. 10. *Kind*, qu. for. III. 16.

oder der Analogie vom interd. U. P. wegen für dieselbe [1]). Gegen das Ende des XVIII. Jahrhunderts scheint jedoch die letztere Ansicht die vorherrschende geworden zu sein [2]).

Was endlich das processualische Verfahren betrifft, so wird möglichste Beschleunigung stets von allen verlangt. Indessen muß diese sehr verschieden ausgeführt sein. Böhmer klagt über Summar. von vierzig Jahren, dagegen erklärt es Estor schon für einen argen Mißbrauch, daß man in B. (?) an einem Summar. über drei Jahre „geleiert" habe, beim Hofgerichte in Jena werde stets nach eingereichter und insinuirter Klage nur eine Tagefahrt gehalten, und dann gleich das Erkenntniß gefällt [3]). Diese Schnelligkeit, wenn sie wahr ist, bildete indessen jedenfalls wohl nur eine rühmliche Ausnahme, im allgemeinen war die Richtung der Zeit, mehr die Gründlichkeit als die Schnelligkeit der Untersuchung zu begünstigen. Es zeigt sich das namentlich in der Abnahme des Gebrauchs des possessor. ordinar. Je gründlicher das Summar. verhandelt wurde, um so weniger konnte der Besiegte hoffen, im Ordinar. zu gewinnen, um so seltener mußte es daher werden, daß dieses nach jenem noch angestellt wurde. Dadurch erklärt es sich von selbst, daß während im XVI. Jahrhunderte es von Pruckmann (cons. I. 23.) noch für „nunquam auditum" erklärt wird, daß auf ein Summar. kein Ordinar. folge, bereits im J. 1735 in Erfurt

1) So sagt Leyser (med. 508. m. 5.) gegen Berger, der die Einrede verwarf, es könne ihm das unmöglich Ernst sein, denn „pugnat hoc cum probitate ejus, ut apertam praedonem contra dominum tueatur. Vgl. *Mevius*, dec. IV. 367. *Lynker*, resp. II. 62. n. 28. 29. *Cocceji*, cons. II. 187.

2) Außer den Processualisten s. Urtheile bei *Menken*, syst. jur. ed. *Schoen*. 43. 17. §. 2. Estor, Reichsproceß, B. 4. S. 153. Pütter, Rechtsfälle, I. 168. n. 7. *Kind*, qu. for. III. 16., der die Aenderung der Sächsischen Praxis bezeugt. Pfotenhauer, neuest. Bes. §. 8.

3) *Böhmer*, jus eccles. II. 12. §. 9. Estor, Reichsproceß, IV. §. 146.

von A. H. Schmidt, praes. Juch, eine Dissertation geschrieben wurde: De raro et exiguo usu possessorii ordinarii per sententiam in summar. reservati [1]). Die weitere Ausführung über die processualische Gestaltung des Summar. liegt außerhalb des Planes dieser Schrift. Nur über die Zulassung der Appellation mag noch kurz bemerkt werden, daß diese im XVII. Jahrhunderte noch allgemein verworfen wurde [2]), im XVIII. dagegen erst in einzelnen besondern Fällen, und zuletzt auch wenigstens von Einzelnen [3]) allgemein angenommen wurde, jedoch stets ohne Suspensiveffect.

Schließlich ist noch der Besitz der Rechte zu erwähnen. Es ist nur wenig darüber zu sagen, da bei ihm in beiden Jahrhunderten weder in der Theorie noch in der Praxis irgend eine nennenswerthe Veränderung vor sich geht. So rückt man namentlich in der Theorie der Erkenntniß der Natur dieses Besitzes und seines Verhältnisses zum Sachenbesitze um keinen einzigen Schritt näher; noch Thibaut und Hofacker [4]) sehen, wie der Glossator Rogerius, in dem Besitze der Rechte einen der Fälle, wo der natürliche Begriff des Besitzes durch gesetzliche Fiction ausgedehnt ist; Sibeth [5]) verwirft den Quasibesitz

1) Der Nachtheil der Verlängerung des Summar. wurde dadurch gewissermaßen ausgeglichen. Allein nun entstand das Bedürfniß von provisor. Verfügungen für die Dauer des Processes, also eines Summariissi-issimum im Summariissimum von Neuem. Bei Hofmann, Reichspraxis §. 1471, findet sich auch wirklich ein derartigs mandatum manutenentiae im Summar.

2) *Cludius*, de mater. poss. VII. n. 64—124. *Pfannkuch*, de Summar. II. 18.

3) J. B. Gönner, Proceß, IV. 81. §. 12. Mößler, possess. Klagen, III. §. 28.

4) Thib., Bes. §. 16. *Hofa.*, princ. jur. §. 761.

5) Erört. a. d. Lehre v. Bes. (1800.) nro. 12—14. 17. Er sagt: „das wäre ein verdammter Staat, wo ich das meinige blos dadurch, daß ein anderer gehandelt, und ich mich dabei beruhigt, mindestens zur Zeit verlieren könnte."

ganz; Spangenberg kommt sich dagegen kühn und geistreich vor, wenn er auch beim Eigenthumsrechte einen Besitz, und zwar neben dem Sachenbesitze, annimmt, und Hommel stellte es noch im J. 1769 als ein unauflösbares Problem hin, warum der Arzt, den man zu gebrauchen aufhöre, keine Besitzklage anstellen könne [1]). Ebenso behielt man in den praktischen Fragen den hergebrachten Standpunkt vollständig bei. So unterliegt insbesondere zunächst die Anwendung des Besitzes auf Personen- und Zustandsrechte nicht dem geringsten Zweifel. Böhmer, der doch sonst die ungesetzliche Praxis beim Besitze so scharf bekämpfte, stimmt hier vollständig mit ihr überein, da er ein zu guter Canonist war, als daß er hier die Begründung der Praxis im Canonischen Rechte hätte in Zweifel ziehen können. Daher sagt denn auch noch im J. 1797 Fleck [2]):

> In jure personarum, quod quidem statu aliquo nititur, neminem facile putamus fore, qui quasi possessionis notionem negare sustineat;

und demgemäß finden sich in der Praxis, abgesehen von allen Real-Rechten und Lasten, Beispiele von Besitz bei Ehe, väterlicher Gewalt, Verwandtschaft, Adel, Rangstreitigkeiten von Landständen, Geistlichen, Rathsherrn, Gerichtsräthen, bei Zunftrechten, Staatsämtern, Religionsausübung [3]) u. s. w. Ueber

1) Er sagt rhaps. qu. 489: „Sentio actionem non tenere, sed sentio tantum, nec si vel mortem mineris, possum dicere, quare. Tu lector, si sapis, rationes decidendi suggere." Er bekam die richtige Antwort schon 1771 von Höpfner in einem Giessener Programme, quo — problema practicum Homelio inexplicabile visum resolvit H.

2) Comment. de int. U. V. et rem. spol. p. 98. 99.

3) *Böhmer*, consult. I. 1. c. 166. 172. Sibeth, Bes. S. 133. *Schorch*, resp. Erford. 48. 49. Cons. *Marpurg*. T. I. p. 467 sqq. T. III. p. 388. n. 7 sqq. p. 396. n. 88. p. 402. n. 151. *Carpzov*, defin. II. 7. d. 11. Cons. *Tubing*. I. 172. *Berger*, cons. 25. *Wernher*, enunc. fori, I. 20. Struben, rechtl. Bed. III. 129. (ed. Spang. 671.) *Horn*, resp.

den Besitz bei Obligationen kam man nicht in's Reine. Bei Mevius, Lynker, selbst Böhmer findet sich Besitz bei Capitalzinsen und bei der Miethe, bei Besold dagegen ist der Besitz für rein persönliche Obligationen verworfen, und gegen den Besitz von Zinsen schrieb Heimburg in Jena eine eigene Dissertation [1]). Sein einziger Grund dagegen war aber, daß Besitz Tradition voraussetze, und diese zwischen Gläubiger und Schuldner bei Zinsen nicht möglich sei. Spangenberg, Glück, Claproth [2]) hielten diesen Grund zwar für vortrefflich, Thibaut dagegen sah seine Nichtigkeit wohl ein; er glaubt zwar auch, es sei „am richtigsten," bei solchen Obligationen keinen Besitz anzunehmen, allein nur weil der Quasibesitz ein jus singulare sei, welches man nicht über die Gesetze hinaus ausdehnen dürfe. Aufrichtiger sagt daher Fleck [3]):

— si verum fateri licet, nulla idonea ratio adferri potest, cur notio quasi possessionis in obligationes non cadat.

Ebenso hielt die Praxis bei den Klagen den alten Standpunkt fest, das interd. U. V. utile oder die actio spolii und das interd. U. P. summar. und ordin. zu geben. Das letztere wurde zwar im XVII. Jahrhunderte von Giphanius und Wissenbach [4]) stark angegriffen, aber ohne Erfolg [5]). Bei den Real-

XII. 22. *Klock*, cons. II. 94. Cramer, Wetzl. Nebenst. B. 38. nro. 5. B. 124. S. 445. observ. III. 824. *Lynker*, cons. I. 154. *Schilter*, praxis jur. Rom. ex. 3. §. 22—26.

1) *Mev.*, dec. II. 298. n. 1. *Lyn.*, cons. I. 67. n. 16. *Böh.*, consult. II. 1014. *Bes.*, cons. III. 98. n. 93. *Heimb.*, D. de spolio usurarum. 1747.

2) Spang., Bes. §. 104. Glück, Pandekt. B. 2. §. 182. Clap., summar. Proc. §. 90.

3) Thib., Bes. §. 16. *Fleck*, de interd. p. 98.

4) *Giph.*, explan. leg. Cod. p. 302. *Wiss.*, exerc. ad pand. d. 24. n. 5.

5) S. z. B. noch Klein, Rechtsspr. d. Hall. Fac. B. 3. S. 187 ff. *Cannegiesser*, decis. Cass. II. 191. 193. I. 1. *Malblanc*, princ. jur. §. 440. d. Schmidt, Klagen. §. 156. 173. 484—5.

lasten bleibt die spätere Italiänische Ansicht, daß man bei Weigerung des Pflichtigen die Wahl habe, sich als spoliirt, oder blos als turbirt anzusehen, und danach entweder recuper. oder relin. poss. zu klagen [1]).

§. 46.

Das neunzehnte Jahrhundert.

Man muß die Geist- und Geschmacklosigkeit eines Westphal und Spangenberg, den Aberwitz eines Sibeth, und die innere Unklarheit und Trockenheit der Thibaut'schen Schrift über Besitz mit eigenen Augen sehen, wenn man sich eine Vorstellung von dem Eindrucke machen will, den Savigny's Werk über den Besitz bei seinem ersten Erscheinen (1803) hervorbringen mußte. Man kann denselben nicht besser schildern, als durch die Worte, mit denen Thibaut selbst in liebenswürdiger Selbstverläugnung die neue Erscheinung in seiner Recension des Werkes [2]) begrüßt: „Seit langer Zeit, sagt er, hat Recensent keine juristische Schrift mit einem so lebhaften, immer wachsenden Interesse studiert, als das vorliegende geistvolle Werk. Der Verfasser, welcher schon durch diesen Versuch das Recht erworben hat, mit unsern ersten Civilisten in eine Reihe zu treten [3]), vereinigt in sich alles, was zur glücklichen Bearbeitung des Rechts erforderlich ist, einen seltenen, immer gleichen, immer wachen Scharfsinn, eine glückliche Gewandtheit

1) *Besold,* cons. I. 15. n. 101—2. VI. 270. n. 36. *Cramer,* observ. II. 2. p. 234. *Schorch,* resp. Erford. 329. n. 11—14. Resp. *Altorf.* I. 80. n. 15. *Horn,* resp. IX. 21. arg. 2. *Lynker,* cons. II. 150. n. 119—23. *Cannegiesser,* dec. Cassel. I. 1. n. 7. Becker, Rechtsfälle, B. 2. S. 289.

2) Allg. Litter. Zeit. 1804. nro. 41.

3) Savigny war damals 24 Jahr alt, und hatte außer seiner Doctordiss. noch nichts drucken lassen.

und Leichtigkeit im Auffassen und Darstellen der schwierigsten Begriffe, ächte, tief eindringende Gelehrsamkeit, verbunden mit durchgehender Eigenthümlichkeit, — mit einem Worte alles, was der Eigensinn des Schicksals in seinem ganzen Umfange nur Wenigen zu verleihen pflegt. Das Werk gewährt daher einen Genuß und eine Befriedigung, deren man sich selten bei der Lectüre juristischer Schriften zu erfreuen hat." Daß aber dieses Urtheil ein ganz allgemeines war, sieht man nicht nur aus den übrigen Recensionen, die darüber erschienen [1]), und den einzelnen Erwähnungen bei einzelnen Schriftstellern, auch solchen, die wie z. B. Gönner [2]) von vorn herein gegen seinen praktischen Einfluß protestirten, sondern auch daraus, daß schon zwei Jahre nach dem Erscheinen des Buches eine neue Auflage nöthig wurde, ein Schicksal, was bei juristischen Monographieen wohl beispiellos ist. Daß ein solches Werk, namentlich bei der sonstigen Bedeutung Savigny's, einen überwiegenden Einfluß auf Theorie und Praxis gewinnen würde, auch in solchen Punkten, wo seine Ansichten bestimmt unhaltbar sind, ließ sich erwarten, und ist denn auch in vollem Maaße eingetreten. Man kann zwar keinesweges sagen, daß die vielen Streitigkeiten über das Besitzrecht durch Savigny irgend zu einer Lösung oder Entscheidung gebracht seien, im Gegentheil ist der Streit seitdem meistens erst wieder recht lebendig geworden; allein seine Ansichten fanden in der Theorie und Praxis doch einen so breiten und weiten Eingang, daß sie geradezu die Grundlage der ganzen neuern Behandlung des Besitzes

1) Daß namentlich Savigny's Lehrer Hugo keine geringere Freude über das Buch hatte, versteht sich natürlich ebenso sehr, als daß er sie in seiner bekannten sonderbaren und geschmacklosen Weise in den Göttingischen Gelehrten Anzeigen ausdrückte. Jahrg. 1804. Bd. 1. S. 289.

2) Handb. des Proc. 2. Aufl. B. 4. nro. 81. §. 2.

geworden sind, daß alles, was seitdem über den Besitz geschrieben und gesagt ist, entweder unter seinem Einflusse entstanden ist, oder Opposition gegen ihn bildet. Sein Werk macht, wenn auch nicht in den einzelnen Ansichten, doch in der allgemeinen Auffassung und Behandlung geradezu einen vollständigen Abschnitt zwischen dem XVIII. und XIX. Jahrhunderte, und zwar in beiden Hauptrichtungen der Wissenschaft, sowohl der reinen und unbefangenen Auffassung des positiven Rechts, als der selbstständigen Erkenntniß des natürlichen Besitzbegriffes als der Grundlage des positiven Rechtes. Das Letztere wird zwar in der Regel nicht anerkannt, und Savigny selbst nimmt auch nur in der ersten Beziehung ein Verdienst in Anspruch [1]); allein wenn man sein Werk im Zusammenhange der dogmengeschichtlichen Entwicklung auffaßt, so ist gar nicht zu verkennen, daß es den ersten bedeutendern Versuch enthält, die ganze Besitzlehre zunächst in ihrer innern natürlichen Begründung und Entwicklung und dann ihrer Gestaltung im positiven Römischen Rechte, darzustellen. Der Mangel ist nur, daß sich Savigny diese Getrenntheit der Aufgabe nicht recht klar gemacht hat, daß er daher Philosophie und positives Recht zum Nachtheile beider stets mit einander verbindet, und daß er es eben deshalb bei der ersteren nicht zu selbstständiger philosophischer Speculation bringt, sondern sich mit unmittelbaren Anschauungen begnügt, die auf einer nicht immer klaren Vermischung von natürlichem juristischem Talente und römisch theoretischer Bildung beruhen [2]).

1) In der Vorrede zur vierten Auflage.

2) Dieses Urtheil über Savigny, namentlich hinsichtlich der Vermischung von Philosophie und positivem Rechte, wird Manchem befremdlich erscheinen. Allein man prüfe Sav. Deductionen bei allen allgemeinern Fragen nur einmal ernstlich in dieser Beziehung, so wird man es bestimmt bestätigt finden. Man

Geht man die einzelnen Punkte durch, so ist zunächst bei der Begriffsbestimmung des Besitzes der ganze Begriff von Savigny entschiedener als es bisher geschehen war auf den Sachenbesitz beschränkt. Bei Rechten kann nach Savigny der Begriff des Besitzes eigentlich durchaus keine Anwendung leiden; nur insofern der Sachenbesitz die Ausübung des Eigenthums enthält, und auch bei andern Rechten eine dauernde Ausübung möglich ist, soll sich bei ihnen ein dem Besitzesschutze analoger Schutz der Ausübung, und insofern denn auch eine uneigentliche Anwendung des Wortes „Besitz" denken lassen. Diese Ansicht ist auch ziemlich allgemein in der Theorie angenommen. Einzelne Versuche, den Besitz der Rechte als eine wirkliche dem Besitze der Sachen einfach coordinirte Unterart eines allgemeinen Besitzbegriffes aufzufassen, finden sich allerdings [1]), jedoch nur in Compendien, und daher ohne genauere Begründung, und auch ohne consequente Durchführung. Als Grundlage des allgemeinen Begriffes dient dabei die Rechtsausübung.

Den Sachenbesitz faßt Savigny wieder, wie die Franzosen des XVI. Jahrhunderts, wesentlich als einen mit dem Eigenthume in Verbindung stehenden Begriff auf, nämlich als die volle factische Herrschaft der Person über die Sache, welche die Ausübung der vollen rechtlichen Herrschaft oder des Eigenthums enthalte. Besitz setzt ihm daher an sich wesentlich animus domini voraus, und jede Detention unter Anerkennung fremden Eigenthums ist ihm daher an sich nur Stellvertretung fremden Besitzes.

nehme namentlich die Frage über den animus domini und ob der Besitz Recht oder Factum sei in §. 1 und 9.

1) Hufeland, Civilr. §. 187. Geist d. Röm. R. B. 2. S. 4. 74. Thibaut, Pandekten. §. 104. Wening, Civilr. §. 103. Kierulf, Civilr. B. 1. S. 350. 361 ff. Reyscher, Privatrecht, §. 101.

Darauf beruht der Unterschied von Besitz und Detention in fremdem Namen, oder von eigentlichem juristischem und blos natürlichem Besitze. Die Fälle von Besitz ohne animus domini im Römischen Rechte [1]) sind ihm daher nur Anomalieen des positiven Rechts. Da sie indessen unwidersprechlich da sind, so ist der ursprüngliche Begriff des eigentlichen juristischen Besitzes insofern durch diese Fälle eines „abgeleiteten“ Besitzes positivrechtlich erweitert. — Auch diese Ansicht fand anfangs ziemlich allgemeine Verbreitung; vom Ende der zwanziger Jahre an trat indessen gegen die Verbindung des Besitzes mit dem Eigenthume und gegen den abgeleiteten Besitz eine starke Opposition hervor. Abgesehen von den Streitigkeiten über die Anzahl der Fälle des abgeleiteten Besitzes [2]) suchte man namentlich die Anomalie, die darin liegen sollte, zu beseitigen, jedoch auf verschiedene Weise. Manche hielten am animus domini fest, und nahmen dann entweder an, daß in allen jenen Fällen wirklich ein animus domini stattfände, oder daß das Besitzrecht stets beliebig auf jeden Detentor übertragen werden könne [3]). Die meisten verwarfen aber den animus domini und die Correlation von Eigenthum und Besitz, faßten den Besitz nur abstract als factisches Herrschaftsverhältniß, welches sich nicht an ein einzelnes bestimmtes Rechtsverhältniß anschließe, sondern gleichmäßig aus verschiedenen Rechtsgründen stattfinden könne, und suchten dann auf verschiedene Weise zu bestimmen, daß und warum es gerade in den bestimmten im

1) Sav. rechnet dahin aber nur Faustpfand, Emphyteuse, Precarium, Sequestration.

2) Puchta will nur Pfand und Precarium dahin stellen, umgekehrt wollen Huschke, Unterholzner, Böcking, Pfeiffer u. a. die Superficies Savigny's vier Fällen hinzufügen, Burchardi auch den Usufruct.

3) Das erstere thut Schröter, Gieß. Zeitschr. 8. 2. S. 233 ff., das letztere Thibaut, Pandekt. §. 208. Archiv, B. 18. S. 322. Schweppe, Privatr. B. 2. §. 215. nro. 7.

Römischen Rechte genannten Fällen stattfinde. Diese Ansicht hat in neuester Zeit so viele Anhänger gefunden [1]), daß man gegenwärtig eigentlich gar keine Ansicht mehr als die vorherrschende bezeichnen kann [2]).

Der Streit über possessio civilis und naturalis ist durch Savigny endlich vollständig aus dem Gebiete des praktischen Besitzrechtes hinausgewiesen und zu einer rein theoretischen des bloßen Sprachgebrauchs gemacht, weshalb denn auch von seiner weitern Darstellung hier Umgang genommen wird.

Wenig Glück machte Savigny mit seiner Begründung des rechtlichen Schutzes des Besitzes. Er faßt den Besitz an sich als reines Factum auf, und zieht daraus die Consequenz: „da der Besitz kein Recht sei, so sei auch seine Störung keine Rechtsverletzung, und sie könne es nur dadurch werden, daß sie ein anderes Recht zugleich mit [3]) verletze"; dies sei aber der Fall bei gewaltsamer Verletzung des Besitzes, weil jede Gewalt schon an sich ein Unrecht sei, und daher müsse bei gewaltsamer Verletzung des Besitzes zur vollständigen Aufhebung des Unrechts auch die Verletzung des Besitzes wieder hergestellt werden. — Schon Zachariä und Hufeland erklärten sich dagegen, indem der erstere den Besitzesschutz aus dem allgemeinen Rechte

1) Hierher gehören Guyet, Abhandl. S. 133 ff. Gieß. Ztschr. B. 4. S. 361 ff. Warnkönig, Arch. B. 13. S. 169 ff. Bartels, Gieß. Ztschr. B. 6. S. 177 ff. Sintenis, Gieß. Ztschr. B. 7. S. 223 ff. 414 ff. Civilr. Bd. 1. §. 42. n. 13. Kierulf, Civilr. B. 1. S. 352 ff. Christiansen, Instit. S. 191 ff. Böcking, Instit. B. 1. S. 513—17. Pfeiffer, Bes. S. 6—10 u. a.

2) Savigny's Ansicht findet sich noch in den Lehrbüchern von Mühlenbruch, Göschen, Puchta, Vangerow, Schilling, Seuffert, Burchardi, auch bei Unterholzner, Schuldverhältnisse, §. 257. Büchel, Erörter. nro. 2. S. 45 ff.

3) Der Sprachfehler „kein Recht — anderes Recht zugleich mit" (ähnlich dem „nous autres Français") ist merkwürdiger Weise nie gerügt.

der persönlichen Freiheit, der andere aus der Präsumtion eines dem Besitze zu Grunde liegenden Rechtes erklären wollte [1]). Seit den zwanziger Jahren bildete sich dann aber allmählig eine große Partei, die den Besitz geradezu wieder wie früher für ein Recht erklärte. Es unterscheiden sich dabei zwei Standpunkte. Manche behaupten nur, daß der Besitz, wenn er auch an sich und nach natürlichem Rechte nur Factum sei, doch jedenfalls durch das positive Römische Recht aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsrücksichten zu einem Rechte erhoben sei, oder daß dieses wenigstens ein Recht unzertrennlich mit ihm verbunden habe [2]); Andere fassen die Sache tiefer, und nehmen an, daß der Besitz schon rein an sich, rechtsphilosophisch, als Recht aufgefaßt werden müsse, weil er nämlich wesentlich nicht blos äußeres physisches Herrschaftsverhältniß, sondern ins äußere Dasein getretener persönlicher Wille sei, und dieser, sobald er nicht einem berechtigten Willen gegenübertrete, schon rein an sich Anspruch auf Rechtsschutz habe, das Römische Recht habe hier nur, wie so oft, den natürlichen Rechtsbegriff zur positiven Anerkennung gebracht [3]). Gewissermaßen in der Mitte zwischen

1) *Zachar.*, D. universalia de possessione principia. (1805.) §. 3. Hufel., Geist d. Röm. Rechts, B. 2. S. 42 ff. Hufeland's Ansicht nahm Savigny selbst eine Zeit lang an, von der 3ten bis zur 6ten Aufl.

2) Dieses ist der Standpunkt von *Duroi*, observ. de jure in re. I. §. 1. Schweppe, jurist. Magazin, Bd. 1. S. 40. Mühlenbruch, Pandekt. §. 229. n. 7. Hasse, Rhein. Mus. B. 6. S. 189 ff. Thaden, Unters. üb. d. Röm. Interdictenbes. S. 63 ff. (Dieser sieht den Grund der Aufstellung des Besitzesschutzes in der „Bedeutung des Besitzes für die Existenz und den Erwerb des Eigenthumes" bei der Verjährung.) Burchardi, Lehrbuch d. Röm. Rechts, B. 2. §. 151.

3) Dies ist im wesentlichen gleichmäßig der Standpunkt von Gans, Civil. S. 211 ff. Grundlagen d. Bes. S. 53 ff. Puchta, Rhein. Mus. B. 3. S. 289 ff. Pandekt. §. 122, und auch, aber natürlich nach seiner eigenthümlichen Philosophie modificirt, von Huschke, krit. Jahrb. 1839. S. 300 ff. Der große Streit zwischen Gans und Savigny, der anfangs die Gränz-

diesen Ansichten über Factum und Recht des Besitzes steht dann endlich noch die, daß der Besitz zwar an sich Factum sei, daß es aber ein natürlicher Rechtssatz sei, daß das factisch wirkliche dem nur factisch gewollten nicht zu weichen brauche, und daß deshalb der Besitz obgleich Factum doch relativ gegen den Nichtbesitz ein Recht sei [1]). Neben diesen verschiedenen Ansichten hat aber auch die Savigny'sche noch immer ihre Vertheidiger, und zwar auch wieder mit verschiedenen Modificationen [2]), so daß bei der ganzen Frage eine Zerfahrenheit der Ansichten stattfindet, die sich in der That kaum noch größer denken läßt.

Bei den einzelnen Besitzklagen hat Savigny nur die Interdicte, von den possessorischen Actionen und Condictionen ist im ganzen Buche durchaus keine Rede. Mit der Theorie von der Gewalt als wesentlicher Grundlage des Besitzesschutzes passen sie freilich auch nicht recht zusammen. Sie sind übrigens dadurch fast vollständig der Vergessenheit überliefert, nur bei einzelnen werden sie bei anderer Gelegenheit hier und da kurz berührt [3]). Hinsichtlich der Interdicte selbst sind etwa folgende Punkte hervorzuheben: die Zuständigkeit des interd. U. V. für die Detentoren wird von Sav. entschieden verworfen, und dies ist auch durchaus vorherrschende Ansicht geworden, oder eigentlich geblieben, doch haben sich allerdings auch immer wieder einzelne

scheide einer neuen Aera der Wissenschaft bilden sollte, schrumpft im Fortgange der Geschichte mehr und mehr zu einer gewöhnlichen Controverse ein. Eine ausführlichere Darstellung desselben entbehrt schon jetzt des Interesses.

1) Dieses ist wohl der eigentliche Kern der Ansichten von: Thibaut, Pandekt. §. 204. Sintenis, Civilr. §. 42.

2) Z. B. Rudorff, Ztschr. f. gesch. R. B. 7. S. 90 ff. Böcking, Instit. B. 1. S. 518. Kierulf, Civilr. B. 1. S. 350 ff. u. a.

3) Wening, Civilr. §. 298. not. t. Schweppe, Privatr. §. 996. n. 3. Unterholzner, Schuldverhältnisse §. 308. not. n. §. 329. not. b. In seinem Systeme erwähnt Savigny auch selbst wenigstens die condictio possessionis. B. 5. S. 627. not. c.

Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht gefunden [1]). Dagegen fand Sav. Ansicht, daß das Interdict durch l. 7. C. unde vi auf Mobilien ausgedehnt sei, sehr häufigen Widerspruch [2]). Beim interd. U. P. behielt Sav. die alte Ansicht bei, daß es als Klage aus dem Unrechte der Besitzesstörung parallel neben dem interd. U. P. als der Klage aus dem Unrechte der Besitzesentziehung stehe. In neuester Zeit ist diese Parallelisirung aber heftig angegriffen, und das interd. U. P. als bloße Besitzregulirungsklage von dem U. V. als Delictsklage vollständig getrennt [3]). Die nähere Ausführung darüber ist bereits oben §. 6 gegeben. Die Idee von Höpfner, man dürfe gar keinen Unterschied von Klagen für Störung und Entziehung des Besitzes annehmen, weil auch die Entziehung im Grunde stets nur eine Störung sei, hat natürlich keine Nachfolger gefunden [4]).

Die Spolienklage wurde von Sav. vollständig verworfen; im c. Red. sieht er durchaus nichts als eine Einrede, und außerdem erkennt er nur die Modification des interd. U. V. durch c. 18. de R. S. an. Die alte Praxis der Klage aber erklärte er für einen Mißbrauch, gegen den man mit aller Kraft ankämpfen müsse. Eigentlich Neues, was nicht bereits Bellamera, Sarmiento und Böhmer gesagt hätten, bringt er dabei nicht vor, indessen wurde sein Angriff doch mit

1) Nämlich: Thibaut, Archiv. B. 18. S. 361 ff. Geiger, Gieß. Ztschr. B. 13. S. 247—53. N. N., jurist. Ztschr. f. Hannover, B. 5. H. 2. S. 167 ff. 181 ff. Pfeiffer, Bes. S. XVII. S. 60. 61. Höpfner, d. Besitzrechtsmittel, S. 46. Sintenis, Civilr. B. 1. §. 42. n. 24.

2) Z. B. Thibaut, Pandekt. §. 228. Archiv. B. 1. S. 105 ff. Mühlenbruch, Pandekt. §. 240. n. 7. Vangerow, Pandekt. B. 3. S. 589. u. a.

3) Vangerow, Pandekt. §. 236. Pfeiffer, Besitz, S. 90 ff. Keller, Ztschr. f. gesch. R. B. 11. S. 287 ff. Rudorff, ebend. S. 332.

4) Höpfner, die Besitzrechtsmittel u. Besitzprocesse, (1841) S. 51 ff. Vgl. Recens. v. Wetzell in den krit. Jahrb. 1844. S. 599. Auch Christiansen, Instit. S. 423, hat jedoch ähnliche Ideen.

einem bei weitem größern Erfolge gekrönt, als jene sich irgend zu erfreuen gehabt hatten. Anfangs erhoben zwar Thibaut und Gönner entschiedenen Protest gegen die Verwerfung der Klage [1]), und sie wurde daher auch in den Lehrbüchern des Römischen Rechts von Günther, Hufeland, Schweppe, Weber beibehalten. Allein von den zwanziger Jahren an wurde Savigny's Ansicht in der Theorie fast allgemein angenommen, sie findet sich in sämmtlichen Lehrbüchern des Römischen Rechts, und auch in sonstigen Schriften [2]). Zwar versuchte Mittermaier eine Rettung der Klage vom Standpunkte des Deutschen, und Geiger vom Standpunkte des Canonischen Rechts [3]), allein Beide oberflächlich und ohne großen Erfolg [4]). Zweifelhafter dagegen ist der Erfolg Savigny's in der Praxis. In Hannover wurde Savigny's Ansicht zwar bereits im J. 1826 vom O.A.Gerichte in Celle angenommen [5]), ebenso in Würtemberg im J. 1838 vom Obertribunale [6]); indessen meint für letzteres Hufnagel in seinen „Mittheilungen aus der Würtembergischen Praxis", S. 106, daß sich diese Ansicht bei den Würtembergischen Gerichten wohl nicht halten werde, daß namentlich der Tübinger Gerichtshof die Spolienklage ohne Gewalt

1) Thibaut in seiner Recens. (vgl. Pandekt. §. 230.) Gönner in seinem Handb. d. Proc. B. 4. S. 398.

2) Z. B. Reinhard, verm. Auff. H. 1. S. 170 ff. Puchta, gerichtl. Klagen, §. 67. Unterholzner, Schuldverhältnisse, §. 360. Dunker, Ztschr. f. D. R. B. 2. S. 101. Höpfner, Besitzrechtsmittel, S. 57. Bayer, summar. Proc. §. 64.

3) Mitt., gem. Deut. Proc. B. 4. S. 197 ff. Gei., Gieß. Ztschr. B. 13. S. 270 ff.

4) Natürlich nicht ohne allen. S. Maurenbrecher, Deutsch. Privatr. §. 199. Falck, Holstein. Privatr. B. 4. §. 11. 12, und die Lehrbücher des Processes von Linde, Franke, Schmid.

5) Spangenberg in Struben's rechtl. Bed. B. 3. nro. 756. not. Gesetzsamml. f. Hann. 1841. S. 86.

6) Sarwey, Monatsschr. f. Justizpfl. B. 2. S. 181 ff. B. 3. S. 118.

zulasse [1]). In Uebereinstimmung damit findet sich die Spolienklage anerkannt in Entscheidungen des O.A.Gerichts von Cassel von 1823, 1824, 1833, 1842 [2]), von Jena von 1824 [3]), des Landesgerichts von Wolfenbüttel von 1830 [4]). Anderweitige Entscheidungen aus der Praxis sind mir nicht bekannt [5]). Denn wenn Göschen in seinen Vorlesungen §. 614 sagt, in der Praxis stehe die Spolienklage fest, dieselbe aber dabei ganz in dem alten Umfange aufführt, so kann man wohl kaum zweifeln, daß er nicht aus eigener praktischer Erfahrung spricht, sondern nur alte Aussprüche abschreibt.

Sehr oberflächlich ist das Summariissimum von Savigny behandelt. Er leitet es nur ganz im allgemeinen aus der Praxis des XIII. und XIV. Jahrhunderts in Italien, Frankreich [6]) und Spanien ab [7]), und erklärt für Deutschland die Stelle der K.G.O., deren Entstehung er aber auch nicht näher kennt, für die einzig sichere Entscheidungsnorm. Dennoch hat er gerade bei dieser Frage in der Theorie eine so allgemeine Anerkennung und Billigung gefunden, wie sonst bei keiner einzigen andern. Seine Ansicht ist von Anfang an fast in alle Lehrbücher des Civilrechtes und Processes übergegangen, und findet sich auch sonst in vielen Schriften [8]). Dagegen ist die

1) Reyscher, Würtemb. Privatr. §. 142. n. 10 erklärt sich zweifelhaft. Bolley, Entwürfe zu Proceßord. B. 2. S. 620 ff. 106 ff. geht über das Röm. Recht hinaus.

2) Pfeiffer, prakt. Ausführ. B. 1. S. 303 ff. B. 7. S. 473. B. 8. S. 498 ff.

3) Martin, Jahrb. f. Gesetzgeb. in Sachsen. H. 2. S. 210 ff.

4) Mir handschriftlich bekannt.

5) Ueber Baiern s. u. §. 47.

6) Er hält die Récréance für das Summar.

7) Erst bei der sechsten Auflage ist er durch Hollweg auf die oben besprochenen Stellen von Durantis und Andreä aufmerksam gemacht, sieht nun aber in ihnen den wirklichen Anfang des Summar.

8) *Kober*, D. de judic. poss. ordinar. 1805. *Haus*, D. de vera

Praxis ihm hier entschieden nicht auf den Standpunkt der K.G.O. zurückgefolgt. In manchen Ländern, wie Hannover [1], Schleswig-Holstein [2] und allen Sächsischen Ländern [3], war der weitere Standpunkt bereits gesetzlich anerkannt, in andern, wie Würtemberg [4], Braunschweig [5], hat die Praxis ihn entschieden beibehalten, und daß auch die Praxis der Spruchcollegien damit übereinstimme, ist mir zum Theil durch eigene Erfahrung bekannt, und ist auch sonst nach den Aeußerungen der Theoretiker über die Praxis sehr wahrscheinlich. Ueber die Behandlung im einzelnen Nachweisungen aus der Praxis zu geben, ist nicht möglich; nur daß auch der Detentor das Summar. habe, wird von Kori für die Sächsische Praxis behauptet, und wurde wenigstens im J. 1829 auch noch in Braunschweig anerkannt [6].

Daß Sav. den Besitz der Rechte nicht als wirklichen Besitz anerkennt, und nur eine uneigentliche Anwendung des Wortes und Begriffes Besitz dabei annimmt, ist bereits oben gesagt. Natürlich beschränkt er diese uneigentliche Anwendung so sehr als möglich; dem Principe nach will er sie bei allen Rechten

indole proc. poss. summar. 1818. Kori, Erörter. B. 2. S. 214 ff. Puchta, gerichtl. Klagen, §. 61—63. Brinkmann, prakt. Rechtskunde, S. 47 ff. Unterholzner, Schuldverhältnisse, §. 364. Höpfner, Besitzrechtsmittel, S. 70 ff.

1) O.A.G.-Ordn. v. 1713. II. 8. 1. §. 8. U.G.-Ord. v. 1827. §. 134. *Pufendorf*, proc. Bruns. Luneb. I. 4. §. 36.

2) Falck, Schleswig-Holstein. Privatr. B. 4. S. 52 ff.

3) *Biener*, process. comm. et Saxon. §. 264 sqq. Kori, Sächs. summar. Proc. §. 116 ff.

4) Bolley, verm. Auff. B. 1. S. 199 ff. Viertes Edict v. 1818. §. 66. Reyscher, Würtemb. Privatr. §. 142. n. 7. 8.

5) Durch handschriftliche Erkenntnisse bekannt. Vgl. auch Bülow, Abhandl. B. 2. S. 24 ff.

6) Franke, Deut. u. Holstein. Civilproc. B. 2. §. 37. will den Grundsatz aus der Deut. Gewere begründen.

zulassen, bei denen eine fortgesetzte Ausübung und gewaltsame Störung derselben möglich ist, allein in der Ausführung nimmt er dieses nur bei solchen Rechten an, die entweder unmittelbar auf Sachen gehen, wie Servituten, oder wenigstens mit Grund und Boden unzertrennlich verbunden sind. — Auch diese Ansicht hat in der Theorie überwiegenden Eingang gefunden. Sie findet sich ziemlich in allen Lehrbüchern des Römischen Rechts und sonst [1]). Doch finden sich einzelne Ausnahmen allerdings. So geht namentlich auf der einen Seite Huschke, dem Buchholz [2]) folgt, noch weiter, beschränkt den Quasibesitz durchaus auf dingliche Rechte, und erklärt jeden andern Quasibesitz für ein „rundes Viereck"; auf der andern Seite gehen Thibaut, Hufeland, Maurenbrecher, Geiger, Falck [3]) über Sav. hinaus und nehmen bei allen Rechten, die dauernde Ausübung haben, daher auch bei Zustandsrechten, Besitz an. Die Ansicht von Dunker, dem Reyscher folgt [4]), wonach der Quasibesitz bei allen Rechten stattfinde, bei denen im ältern Deutschen Rechte eine Gewere stattgefunden habe, fällt im Resultate mit Sav. Ansicht zusammen [5]). Die Nachrichten über die

1) Roßhirt, Archiv. B. 8. S. 22 ff. Puchta, gerichtl. Klagen, §. 51. nro. 13. §. 70. 99—120. Unterholzner, Tübing. krit. Ztschr. B. 4. S. 373. Reinhard, verm. Auff. H. 2. S. 55 ff. Heerwart, Gieß. Ztsch. B. 12. S. 290 ff. Pfeiffer, Besitz, §. 38—40. 47. Der letztere bestimmt jedoch den Grund der Uebertragung des Besitzbegriffes auf Servituten und ähnliche Rechte etwas anders als Sav.

2) Husch., Tüb. krit. Ztschr. B. 2. S. 357. Buchh., Versuche, S. 75 ff.

3) Thib., Pandekt. §. 203. 204. 221. 230. Hufel., Civilr. §. 189. Geist d. Röm. R. B. 2. S. 74 ff. Maur., Deutsch. Privatr. §. 209. nro. 3. Geiger, Gieß. Ztschr. B. 13. S. 277 ff. Falck, Schlesw.-Holst. Privatr. B. 4. S. 48 ff.

4) Dun., Ztschr. f. Deut. R. B. 2. S. 28 ff. Rey., Privatr. §. 106. Nach §. 142. nro. 16. scheint R. jedoch noch weiter zu gehen.

5) Wie durchaus ungenügend die Begründung dieser Ansicht bei Dunker sei, ist oben mehrfach nachgewiesen. Vgl. ob. S. 191. N. 1. S. 239. N. 1. und namentlich S. 329. N. 1.

Praxis sind hier sehr dürftig. Daß dieselbe den Quasibesitz jedenfalls im Savigny'schen Umfange annehme, kann zwar nicht bezweifelt werden, ob sie aber nicht weiter gehe, ist zweifelhaft. Die Würtembergische Praxis hat zwar Savigny's Theorie entschieden angenommen [1]; das O.A.Gericht in Cassel dagegen nimmt nicht nur Quasibesitz bei den Besoldungen der Staatsdiener an [2], sondern läßt auch bei dem Verhältnisse der Aeltern zu den Kindern wenigstens die exc. spolii zu, und spricht dabei in seinen Urtheilen davon, eine Mutter „im Besitze des Kindes zu schützen" [3].

In Betreff der Klagen für den Quasibesitz, namentlich der Anwendung der Sachenbesitzinterdicte, nahm Sav. an, daß abgesehen von den Personalservituten das interd. U. V. wegen l. 4. §. 27. de usuc. ganz unabwendbar sei, und das U. P. nur bei Urbanalservituten stattfinden könne; daß dagegen für alle Fälle, für welche danach keine Klage existire, nach der Praxis die Spolienklage als Aushülfe gebraucht werden könne. — Hier fand Sav. indessen weniger Beifall als sonst, und sowohl über die Ausschließung jener Interdicte, als über die Anwendung der Spolienklage ist in der Theorie nach allen Seiten hin viel hin und her gestritten, wobei namentlich auch die alte Idee von Johannes Faber wieder hervorgeholt wurde, daß man die speciellen Servituteninterdicte analog ausdehnen müsse [4]. Die Praxis hat sich um diesen ganzen Streit

1) Hufnagel, Mittheilungen, S. 101 ff. Richter, Aufsätze, S. 1 ff. 32 ff. Reyscher, Würt. Privatr. §. 142. n. 16.

2) Weil diese Besoldungen auf das allgemeine Staatsvermögen übernommen seien, und somit wie Reallasten ein dingliches Element hätten. Vgl. u. §. 56.

3) Pfeiffer, prakt. Ausführ. B. 1. S. 305 – 14. B. 8. S. 498 ff. Strippelmann, Entscheidungen, B. 3. S. 220 ff. B. 4. S. 108. nro. 3.

4) Außer den Lehrbüchern sind dabei besonders zu nennen: Thibaut,

aber wenig bekümmert. Sie bleibt einfach bei der Anwendung des Summar. und Ordinar. auf alle Fälle von Quasibesitz, wie Urtheile von Hannover, Braunschweig, Mecklenburg, Hessen, Sachsen, Würtemberg zeigen [1]), und nimmt davon etwa nur die Servituten, wofür besondere Interdicte existiren, aus [2]). Da, wo sich die Praxis die Spolienklage nicht hat nehmen lassen, bringt sie auch diese zur Anwendung [3]). Für Reallasten hat sich dabei auch, wie die cit. Urtheile zeigen, der alte Satz, daß Verweigerung Spolium sei, bei manchen Gerichten erhalten, bei andern hat dagegen die Ansicht von Baldus (ob. S. 280), daß sie nur Störung sei, die Oberhand gewonnen, jedoch mit verschiedenen Versuchen einer bessern Begründung [4]).

Archiv, B. 1. S. 111 ff. Roßhirt, Archiv, B. 8. S. 39 ff. Wiederhold, das interd. U. P. S. 48 ff. Albert, Bes. unkörp. Sachen, S. 250 ff. Heerwart, Gieß. Ztschr. B. 12. nro. VI. IX. Geiger, ebend. B. 13. S. 270 ff. Dunker, Ztschr. f. Deut. R. B. 2. S. 26 ff.

1) Brinkmann, prakt. Rechtskunde, B. 1. S. 47 ff. Elvers, allgem. jurist. Zeit. 1829. S. 278. Pfeiffer, prakt. Ausführ. B. 7. S. 443 ff. Ztschr. f. Rechtspfl. i. Sachsen. N. F. B. 4. S. 541 ff. Hufnagel, Mittheil. N. F. S. 176 ff. Dazu kommen handschriftliche Erkenntnisse.

2) Nassau: Flach, Entscheidungen, H. 1. nro. 1. Darmstadt: Präjudizien in Emminghaus Corp. jur. germ. Suppl. S. 392. nro. 2. Cassel: Pfeiffer, a. a. O. S. 447. II. III.

3) Cassel: Pfeiffer, prakt. Ausführ. B. 7. S. 472. V. Würtemberg: Hufnagel, Mittheilungen, S. 104—5. Vgl. N. F. S. 183. Z. 10—12.

4) Gieß. Ztschr. B. 12. S. 306 ff.

Siebenter Abschnitt.

Die neueren Gesetzbücher.

§. 47.

Einleitung.

Bei einem Gesammtbilde des gegenwärtigen Zustandes des Besitzrechtes in Deutschland dürfen die neuern Gesetzbücher schon an sich nicht fehlen. Das Interesse, welches sie gewähren, schließt sich aber auch sonst enge an die bisherige Darstellung an; denn die Ideen, die denselben zu Grunde liegen, sind im Wesentlichen nichts Anderes, als die Ideen, welche die gemeinrechtliche Theorie und Praxis des XVIII. Jahrhunderts beherrschten, nur daß die Gesetzgebung sie natürlich in freierer und selbstständigerer Weise auffassen und entwickeln konnte, als es der, doch immer an die einmal zu Grunde liegenden Rechtsquellen gebundenen, Theorie und Praxis möglich war. Den Deutschen Gesetzgebungen ist die Französische aus sich von selbst erklärenden Gründen beigesellt, und um den Gegensatz der neusten Zeit gegen die Richtung der Gesetzbücher zu zeigen, ist zum Schlusse der Entwurf des Hessischen Gesetzbuches mit berührt.

§. 48.

Baiern.

Den frühesten aber auch den wenigst gelungenen Versuch, die Lehre vom Besitze vollständig gesetzlich zu ordnen, enthält das Bairische Landrecht vom J. 1756 [1]). Die Absicht bei dem ganzen Gesetzbuche war, wie das Publicationspatent sagt, nicht „viel neues" zu geben, sondern nur das bestehende Recht „in solche Gestalt und Enge zu bringen, daß es Jeder, welcher es zu wissen bedarf, leichter begreifen, behalten und befolgen könne." Demgemäß ist denn auch das darin aufgenommene Besitzrecht fast nichts anderes, als die damalige gemeinrechtliche Theorie, aber auch diese in keiner sehr glänzenden Gestalt [2]).

Das Besitzrecht bildet im Gesetzbuche das 5te Capitel des 2ten Theiles. Der Standpunkt für die Stellung im Systeme ist der von Hahn, nämlich daß der Besitz eines der 5 dinglichen Rechte bilde [3]). Indessen wird derselbe gleich bei der Definition in §. 1 nicht eingehalten, indem diese nicht auf ein Recht, sondern ein Factum gestellt ist:

1) Codex Maximilianus juris Bavarici civilis, von Kreitmayer verfaßt und mit einem, gewissermaßen eine authentische Interpretation bildenden, Commentare versehen.

2) Zur allgemeinen Charakteristik für Kreitm. Standpunkt mag seine Schlußbemerkung zu §. 1. des Besitztitels über den Besitz dienen: „Im übrigen giebt man Ulpiano vor all andern Römischen JCtis die meiste Schuld, daß er die materiam possessionis, welche doch eine der nutzlichsten ist, durch seine dunkeln und unbedachtsamen Ausdrücke in solche Verwirrung gebracht hat, woraus sich auch die allergeschicktesten Rechts-Gelehrte kaum recht zu helfen wissen, und es wird den vielen Tractaten ohngeacht, welche über gegenwärtige Materie geschrieben seynd, noch über den Mangel einer solid und vollkomner Ausführung nicht unbillich geklagt."

3) Cod. I. 1. §. 10. „— jus reale gründet sich — auf das Eigenthum (mit Erbrecht) Innhaben, Unterpfand, oder die Dienstbarkeiten."

„Besitz bedeutet jenen Zustand, da man eine Sache mit der Absicht, solche für sich zu haben (animo sibi habendi) in seiner Gewalt und Gewahrsam hat."

Die Definition soll den Besitz der Sachen und Rechte gleichmäßig umfassen. In §. 2 heißt es:

„Die Possession wird in veram et quasi getheilt. Vera versteht sich nur von cörperlichen, quasi von uncörperlichen Dingen."

und Kreitm. macht dazu die Bemerkung: „Dieser Unterschied hat in ratione keinen rechten Grund, sondern ruhrt ursprunglich aus dem unrichtigen Begriff her, den sich die Römische JCti theils von der Possession, theils von uncörperlichen Dingen gemacht hatten. Sie bildeten sich ein, man könnte dergleichen Dinge proprie nicht possidiren." Den Begriff dieser unkörperlichen Dinge nahm Kreitm. aber ganz allgemein; er sagt N. 2 zu §. 2 geradezu, daß „alle Jura incorporalia, und zwar ohne Unterschied inter realia vel personalia possessionem zulassen", und in Beziehung darauf in N. 2 zu §. 11: „wir haben bereits §. 2 gehört, daß ein Pachter ebenfalls in gewisser Maas Possessor seye, obschon nicht von der re locata, doch von dem usu rei und der Gerechtsame, welche ihm a locatore hierauf eingeräumt worden." Daß demgemäß der Besitz auch bei Zustandsrechten angenommen ist, zeigt Cod. I. 3. §. 4.

„Klagen, wodurch man den Stand gegen andere zu behaupten oder zu widersprechen sucht, werden act. praejudiciales genannt, und greiffen gestalten Dingen nach sowohl in petitorio als possessorio Platz."

was Kreitm. in N. 3 zu II. 5. §. 11 speciell in Betreff der Spolienklage mit den Worten bestätigt: „es gehet solche sogar in spolio personali, z. E. bei gewaltthätigen Arresten oder Ent-

führungen, ebenfalls an, worauf auch in specie das interd. de liberis exhib. abzielet [1]).

Sehr ungenügend ist die Behandlung des Unterschiedes von Besitz und Detention und Civil- und Naturalbesitz. Der Cod. II. 5. §. 2 sagt darüber zunächst Folgendes:

„Possessio civilis ist, da man die Sach nicht leiblicher Weis (corpore), sondern nur in der Meinung und Absicht allein (solo animo) inne hat, wie z. E. ein Abwesender; oder da man die Sache corpore et animo zugleich, und zwar entweder von Eigenthums- oder wenigst von eines andern Rechts wegen, z. E. von Pfandschaft, Nutzniessung oder Pachtungsweis innehat. Naturalis, da man die Sach nur corpore allein, ohn Absicht solche für sich oder die Seinige zu behalten, innehat, wie z. E. ein blosser Anwald, Depositarius, oder Possessor mere precarius, welches jedoch nur in uneigentlichem Verstand eine Possession genannt wird, und in der That nichts als eine bloße Detention ist."

Hier ist also mit völliger Beseitigung der Römischen Unterscheidungen einfach, wie im alten Deutschen Rechte bei Mobilien, Jeder, der zu eigenem Nutzen detinirt, für einen Besitzer, und Jeder, der zu fremdem Nutzen detinirt, für einen Stellvertreter fremden Besitzes erklärt. Kreitm. hatte diesen Standpunkt aber natürlich nicht aus dem alten Deutschen Rechte entnommen, sondern aus den Schriften von Titius, Leyser und Alef; deshalb hatte er denn auch durchaus keine Klarheit darüber, und bringt ihn, wie Alef (s. ob. S. 388), ganz verwirrt mit

1) Die neuere Bair. Theorie und Praxis scheint sich dieser Auffassungen der Savigny'schen Doctrin gegenüber zu schämen; sie ignorirt sie wenigstens. Seuffert, Bair. Civ. Proc. B. 2. S. 80. n. 3, läugnet den Besitz bei Familienrechten, und die Gerichte nehmen bei Privatdienstverhältnissen und selbst bei Staatsbesoldungen keinen Besitz an. Arends, interessante Erkenntn. nro. 24. 25. Du Prel, auserl. Bair. Rechtsf. B. 1. S. 108.

dem Besitze der Rechte in Verbindung, indem er in der Note sagt: „man sieht wohl nicht die geringste rationem, warum derjenige, welcher eine Sache nur in der Absicht auf ein jus reale vel personale inn hat, nicht ebensogut, als ein anderer Innhaber, der sein Ansehen auf das Eigenthum richtet, wenigist *respectu illius Juris*, et eatenus, quatenus *illud* animo sibi habendi possidet, pro possessore civili geachtet werden sollte" [1]. Natürlich mußte diese Unklarheit zu Widersprüchen führen. So heißt es denn auch im §. 7 von Constit. possessorum, es finde statt:

„wenn sich der Innhaber anheischig macht, die Sach hinführo nicht mehr für sich, sondern für einen andern behalten zu wollen, z. E. Constituens sich in Ansehen des Constitutarii nur für einen Usufructuarium, Depositarium, Commodatarium, Mandatarium oder Conductorem erklärt."

Hier werden also der Nutznießer, Leiher, und Miether dem Depositar und Mandatar gleichgestellt und für bloße Detentoren oder Naturalbesitzer erklärt, was Kreitm. in der Note bestätigt, indem er sagt: „da alle diese nicht suo, sed alieno nomine possidiren, so ist es einerley, ob ich mich pro Deposit. Usufruct. etc. angebe, oder aber mit ausdrücklichen Worten bekenne, daß ich hinführo die Sach nicht mehr für mich selbst, sondern für einen andern innhaben wolle." Eine Lösung dieses Widerspruchs scheint nur so möglich, daß man einen Mitbesitz Mehrerer nach verschiedenen Rücksichten annimmt, ähnlich wie bei den verschiedenen Gewеren an Immobilien im alten Deutschen Rechte [2].

1) Darauf beruht denn auch die oben cit. Stelle, wonach der Pachter „nicht von der re locata, doch von dem usu rei" Besitzer ist.

2) Auch hier läßt die neuere Bairische Praxis ihr Gesetzbuch wieder im Stiche. In einem Erkenntnisse bei Arends, a. a. O. S. 130. wird bei einer

Bei den Klagen für den Besitz wird §. 10—12 unterschieden, ob man „der Possession mit unrechtmäßiger Gewalt entsetzt und spolirt wird", oder „seines Innhabens nicht gänzlich entsetzt, sondern nur darin gestört und beunruhigt wird." Für den ersten Fall werden das interd. U. V. und das remed. ex c. Red. vereinigt, jedoch die Zulassung der Klage für den Detentor, und gegen den dritten gutgläubigen Erwerber der Sache, so wie die Präsumtion beim Klagegrunde beseitigt, dagegen wird die Zulassung bei allen Sachen und Rechten [1]), so wie die 30jährige Verjährung beibehalten. In Betreff des Klagegrundes heißt es zwar: „mit unrechtmäßiger Gewalt entsetzt", was ganz dem Römischen Rechte entsprechen würde; indessen scheint Kreitm. diese auffallende Beschränkung keineswegs beabsichtigt zu haben. Denn in der N. 2 verwirft er den Unterschied von vis expulsiva und compulsiva bei der Klage, indem er sagt: „dieses ist eine bloße Römische Subtilität, worüber sowohl das Jus Canonicum in c. Red. als Praxis communis hodierna hinausgeht; denn es ist ja in der That eins, ob man mich auskleidet und zur Thür hinauswirft, oder die Kleider selbst abzulegen und hinauszugehen forcirt;" und in N. 4 sagt er vom spolium per judicem: „der Richter, welcher sine causae cognitione verfahrt, kann ex spolio convenirt werden, sogar die Kirche und der Landesfürst wird nicht davon ausgenommen; denn es ist auch keinem Fürsten erlaubt, via facti et nullo juris ordine servato gegen Unterthanen zu verfahren." Dazu kommt die oben berührte Zulassung der Klage bei Zehnten [2]).

in partem salarii angewiesenen Dienstwohnung aller Besitz verworfen. Ganz ungenügend bei der Frage ist Krüll, Bair. Privatr. §. 125.

1) Die Anwendung auf Zehnten wird in N. 4. f. zu II. 8, und die auf Personenrechte in N. 3. zu II. 5. §. 11. speciell ausgesprochen.

2) Demgemäß wird in einem Urtheile vom J. 1811 bei Arends, a. a. O.

Ueber das Possessor. retin. enthält das Landrecht nur wenig, die weitere Ausführung giebt der Cod. jur. judiciarii von 1753 in c. 3. §. 5. Es wird das Ordinar. und das Summar. unterschieden. Das erstere ist das interd. U. P. Nach dem Cod. jud. soll dabei zwar „auf die ältere Possession zurückgegangen und zugleich die Art, wie solche erlangt worden, ordentlich untersucht" werden, allein an sich gehört doch nach dem Cod. civ. zu seiner Begründung nur, daß „der Kläger die würckliche Possession auf seiner, und die Turbation von der andern Seite beweise." Das Summar. wird nach dem Princip der K.G.O. geordnet, es soll nach Cod. jud. III. 5.

„niemals anders Platz haben, als wenn das Innhaben sowohl auf ein- als andererseit strittig und zweifelbar, annebens große Gefahr ob dem Verzug oder Gewaltthätigkeit zwischen beeden Theilen zu besorgen ist."

Auffallend ist dabei, daß man aus der Sächsischen Praxis [1]) den Satz herübernahm, daß nur der das Summar. habe, „welcher Jahr und Tag vor entstandener Irrung in ruhigem Besitz der strittigen Sach gewest zu sein beweisen kann." Bei Prädialservituten ist nach Cod. jud. III. 4. nro. 2 das Summar. zwar zulässig, dagegen sonderbarer Weise durch Cod. civ. II. 7. §. 9 das Ordinar. verboten, weil, wie Kreitm. in der Note dazu sagt, „die Servitutsklagen gemeiniglich nur den Bauers- und

S. 121 die Weigerung der Zahlung eines Lehn-Erkenngeldes als „Entwerung durch Eigengewalt" behandelt. Die neuere Praxis ist dagegen auch hier, wie es scheint, dem Savigny'schen Einflusse gewichen. In einem Urtheile vom J. 1830 bei Arends S. 125 wird erkannt, daß Nichterfüllung einer Verbindlichkeit als rein passives Verhalten kein Spolium sei, und in einem Urtheile von 1832 bei Du Prel, Rechtsf. B. 1. S. 110 wird durchaus Entsetzung durch Gewalt, dejectio, zur Spolienklage verlangt.

1) Wenigstens berufen sich die Anmerk. zu der Stelle auf die oben S. 404. N. 2 cit. Stelle von Berger.

gemeinen Mann betreffen, welchem schwer fällt, erstlich in possessorio ordinario und hernach in petitorio mithin doppelt zu streiten."

§. 49.

Preußen.

Bei weitem tiefer durchdacht und durcharbeitet, darum aber auch viel selbstständiger und vom gemeinen Rechte abweichender, als das Besitzrecht des Bairischen L.R., ist das des Preußischen. Die Vorarbeiten der Commission für die Abfassung des Gesetzbuches sind hier gerade bei der Lehre vom Besitze sämmtlich gedruckt [1]), und man hat daher ein ziemlich vollständiges Bild davon, wie die Theorie des L.R. aus dem Boden der damaligen gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis herausgewachsen ist, wie sehr namentlich die Verfasser mit den Schwierigkeiten der Lehre an sich und den Unklarheiten der damaligen Doctrin zu ringen hatten. Daß sie dieselben vollständig überwunden hätten, und vollständig zu jener innern Klarheit und Consequenz und der äußern plastischen Anschaulichkeit durchgedrungen wären, die ein Gesetzbuch haben sollte, läßt sich gewiß nicht sagen; eben so wenig läßt sich aber läugnen, daß sich ihr Werk durch Reichthum und Selbstständigkeit der Gedanken vor allen übrigen neuern Gesetzbüchern auszeichnet.

Die erste Schwierigkeit war die allgemeine Bestimmung des Begriffes des Besitzes. Die ersten Vorarbeiten von Pachaly, Klein und Kircheisen [2]) nahmen die alte Definition an,

1) Materialien des allgem. L.R. zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung, herausgegeben von Simon und Strampff. Berlin. 1836.

2) Die Zusammensetzung der Gesetzgebungscommission und ihre Verfahrensart sind in dem cit. Werke genau beschrieben, müssen aber hier vorausgesetzt werden.

Besitz sei „Gewalt über eine Sache, eine körperliche oder unkörperliche," und wollten daher körperlichen und unkörperlichen Besitz unterschieden wissen [1]). Bei der Kritik des ersten Entwurfes wurde aber dagegen von Tevenar geltend gemacht, daß diese Definition für Rechte unpassend sei, und daher vorgeschlagen, man solle den Begriff der „Ausübung eines Rechts, eines Standes- oder Sachenrechts" als das Allgemeine an die Spitze stellen. Sein Vorschlag wurde zwar auch nicht angenommen, aber doch der Begriff „Gewalt über eine Sache" aufgegeben. Man sagte im zweiten Entwurfe statt dessen „physisches Vermögen, über eine Sache oder ein Recht zu verfügen." Diese Verbesserung war natürlich nicht sehr groß, und wurde daher in den „Monita" zum Entwurfe sehr getadelt, so daß Suarez, der Leiter des Ganzen, endlich vorschlug, man solle den Besitz der Sachen und Rechte ganz trennen, und gar keinen Gesammtbegriff aufstellen. So entstanden denn die beiden Definitionen, die jetzt im L.R. I. 7. §. 3. 5 ganz unvermittelt neben einander stehen:

„Wer eine Sache — für sich — in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache.

Wer ein Recht für sich — ausübt, wird Besitzer des Rechts genannt."

Dabei haben die Verfasser des L.R. aber den Mangel an Umsicht gehabt, daß sie durchaus nicht näher bestimmen, in welchem Umfange bei Rechten ein Besitz möglich sein soll [2]). Der ganz allgemeinen Fassung des §. 5 zufolge sollte man ihn eigentlich geradezu bei allen Rechten annehmen, nur natürlich diejenigen ausgenommen, die nur eine Ausübung haben, und

1) Mater. S. 9. §. 1. S. 17. §. 56. S. 47. §. 454—5. S. 62. §. 29. S. 116. §. 1.

2) Auch die Vorarbeiten enthalten nichts darüber.

mit dieser aufhören, wie einfache Obligationen, und Tevenar in der oben cit. Stelle hatte offenbar auch der damaligen Theorie gemäß diese Ansicht. Allein das L.R. selbst steht entschieden nicht auf diesem Standpunkte, sondern faßt den Besitz durchaus nur als ein vermögensrechtliches Verhältniß auf. Abgesehen von den Aeußerungen von Klein und Suarez in den Vorarbeiten [1]), zeigt sich das deutlich in der Stellung, die der Besitz im Systeme des L.R. bekommen hat. Das L.R. unterscheidet in seinen beiden Theilen den ältern Naturrechten zufolge das allgemeine abstracte Vermögensrecht von dem Gesellschaftsrechte, wohin Societät, Familie, Gemeinde, Staat, Kirche gerechnet werden; der Besitz aber steht im ersten Theile, und zwar als Uebergang von den allgemeinen Titeln über Personen, Sachen, Handlungen, Rechtsgeschäfte und Delicte zu den besondern Titeln über Eigenthum u. s. w. Für Vermögensrechte ist der Besitz nun aber in dem obigen §. 5 ganz allgemein ausgesprochen, ohne alle Ausnahme, außer der sich von selbst verstehenden für die Rechte, die mit der Ausübung erlöschen. Diese Allgemeinheit der Annahme bestätigt sich in §. 80—87, wo der Erwerb des Besitzes der Rechte bestimmt wird, die Rechte dazu in affirmative, negative und Untersagungsrechte eingetheilt werden, und bei allen dreien ganz allgemein gesagt wird:

„Wer eine Handlung, die ein Anderer als eine fortdauernde Schuldigkeit von ihm gefordert hat, wirklich leistet, der setzt denselben in den Besitz u. s. w.

Wer eine Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte, ohne dessen Widerspruch unternimmt, der erlangt den Besitz u. s. w.

1) Mater. S. 9. S. 111. Der letztere sagt geradezu: „da der Besitz nur als eine Quelle von Sachenrechten in Betracht kommt“ —. Vgl. auch Klein's Auszug a. d. Gesetzb. f. Pr. Vorr. S. VI.

Den Besitz eines Untersagungsrechtes erwirbt der, auf dessen Verbot der Andere von einer unternommenen Handlung absteht."

Eine Ausschließung des Besitzes bei persönlichen Forderungs- oder Verbietungsrechten, und eine Beschränkung desselben auf die dinglichen Rechte, ist hiernach nur insofern zulässig, als man etwa nachweisen kann, daß bei persönlichen Rechten eine Fortdauer des Rechtes nicht möglich ist, sondern dasselbe mit der Ausübung nothwendig aufhört. Die Frage, in wie weit dieses der Fall sei, ist im allgemeinen im L.R. nicht entschieden, und ist somit der Wissenschaft offen gelassen. (Vgl. u. §. 56.) Im Einzelnen ist indessen doch im L.R. der Besitz jedenfalls ausdrücklich anerkannt oder vorausgesetzt nicht nur bei Regalien, Bannrechten, Patronatrechten, Zehnten [1]), sondern auch bei verzinslichen „Capitalien und andern nutzbaren Rechten" [2]), und bei dem Rechte „die (persönliche) Freiheit oder das Eigenthum eines Andern einzuschränken," namentlich „sofern besondere Gesetze dergleichen Einschränkungen gegen Personen eines gewissen Standes ausdrücklich begründen" [3]). Das L.R. geht also bis auf einen gewissen Grad jedenfalls über die dinglichen und dinglich radicirten Rechte hinaus [4]).

Auch bei der Ausscheidung von Besitz und Detention ist die Theorie des L.R. aus der gemeinrechtlichen hervorgewachsen.

1) L.R. II. 14. §. 26. 35. I. 23. §. 6. II. 11. §. 575. 576. 861. 863.

2) L.R. I. 7. §. 192. I. 11. §. 839.

3) L.R. I. 7. §. 181—183. Das „persönliche" stand im ersten Entwurfe §. 138.

4) In der Preußischen Doctrin ist die ganze Frage sehr bestritten, namentlich weil manche nicht recht bedenken, daß Savigny's Besitz erst zehn Jahr nach der Vollendung des L.R. geschrieben und gedacht wurde. Vgl. auf der einen Seite Thöne, Preuß. Privatr. B. 2. S. 329 ff. Koch, Besitz. S. 106 ff., auf der andern Grävell, Besitz u. Verj. S. 34. Bornemann, Preuß. Privatr. B. 1. S. 132 ff. S. 294.

In den ersten Materialien von Klein wurde unterschieden zwischen bürgerlichem und natürlichem Besitze, je nachdem man mit oder ohne animus domini besitze, und bei dem natürlichen dann weiter noch, ob man aus dem Besitze „für sich selbst einen Vortheil ziehen," oder nur für einen Andern besitzen wolle; im letztern Falle sei man „bloßer Inhaber, nudus detentor", im erstern „natürlicher Besitzer für sich." Kircheisen behielt in seinem Entwurfe die erste Unterscheidung bei, statt der zweiten wollte er zwischen dinglichen und persönlichen Rechten unterscheiden. Suarez verwarf dieses. Er sagte: „Man hat der Römischen Distinction inter nudum detentorem, possessorem naturalem und possessorem civilem zu viel eingeräumt. Diese Distinction, so geläufig sie jedem Juristen ist, hat doch wirklich keinen Grund in der Natur der Sache. Diese kennt nur den Unterschied zwischen Inhaber und Besitzer. Besitzer heißt der, welcher eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, inne hat; Inhaber der, welcher entweder gar nicht weiß, daß er die Sache hat, oder der die Sache nur für einen Andern besitzt. Der eigentliche Besitzer besitzt hinwieder entweder animo domini oder nicht. Ersterer ist der p. civilis, letzterer der p. naturalis des Röm. Rechts." Dieses wurde angenommen, nur daß man statt Civil- und Naturalbesitz die von Klein vorgeschlagenen Bezeichnungen „vollständiger und unvollständiger Besitz" vorzog [1]). Zwar wurde in den „Monita zum Entwurfe der Einwand gemacht, der unvollständige Besitzer

1) So entstanden die §. 2. 3. 6. 7. des L.R. I. 7. — „der ist ein bloßer Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht, darüber für einen Andern oder in dessen Namen zu verfügen, in seiner Gewahrsam hat. — Wer aber eine Sache — für sich selbst — in Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache. — Wer eine Sache zwar als fremdes Eigenthum, aber doch — für sich selbst — hat, heißt unvollständiger Besitzer. — Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache als sein eigen besitzt."

sei eigentlich nur Besitzer des Rechts, aus dem er die Sache für sich detinire, in Betreff der Sache selbst sei er ebenso nur Inhaber wie der reine Stellvertreter [1]). Allein Suarez berücksichtigte dieses nur insoweit, daß er in einem besondern Paragraphen (§. 9) die Bestimmung einschaltete, daß „der unvollständige Besitzer der Sache der vollständige Besitzer des Rechts, dessen er sich darüber anmaßt", sei.

Diesemnach hat also das Preußische L.R., ebenso wie das Bairische, den Grundsatz, den das alte Deutsche Recht bei Mobilien hatte, daß jede Detention zu eigenem Nutzen Besitz ist, jede Detention zu fremdem Nutzen dagegen Stellvertretung fremden Besitzes, allgemein angenommen. Das Verhältniß der verschiedenen Gründe, aus denen man für sich besitzt, ist aber im Preußischen L.R. klarer als im Bairischen geordnet. Indessen ist die einfache übersichtliche Gestaltung, die so zu Grunde gelegt ist, wieder getrübt durch zwei weitere Bestimmungen von sehr problematischem Werthe.

1) Nach §. 1. h. t. wird Jeder, der „das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen, Inhaber derselben genannt." Wäre damit ein bloßer Name für das physische Gewaltverhältniß als den einen Bestandtheil des Besitzes neben dem Willen als dem andern gegeben, so wäre dagegen wenig zu erinnern. Da aber der §. 2, der von den Inhabern in fremdem Namen spricht, mit den Worten anfängt: „Auch der ist ein Inhaber" ꝛc., und da es in §. 141 heißt: „gegen Gewalt muß jeder Inhaber geschützt werden", so kann man doch nicht wohl anders annehmen, als daß der §. 1 jenes physische Verhältniß, wobei vom Willen

1) Dabei lagen wie im Bairischen L.R. wieder die Ideen von Alef zu Grunde.

ganz abstrahirt ist, wirklich als ein eigentliches selbstständiges Rechtsverhältniß hinstellen will. Dann aber ist es offenbar ganz unbegreiflich, wie die Verfasser des L.R. das Monitum, welches gegen diesen §. des Entwurfes gemacht war, daß nämlich „wer mit einer Axt im Walde geht, das physische Vermögen habe, über die Bäume desselben zu verfügen, und doch nicht Inhaber des Waldes genannt werden könne", wozu Goßler bemerkt hatte, daß es „nicht ganz ungegründet" sei (Mater. S. 202), doch so vollständig haben unberücksichtigt lassen können.

2) Nach §. 96—98. 106 soll der vi, clam oder precario erlangte Besitz nicht Besitz, sondern nur Inhabung sein. Dies hätte eigentlich nur einen Sinn, wenn der possessorische Schutz solchen Besitzern ganz entzogen wäre. Da dieses aber nicht ist, (denn „gegen Gewalt muß jeder Inhaber geschützt werden",) sondern die fehlerfreien Besitzer nur mehr Recht haben als die fehlerhaften, so ist durch jene Bestimmung eine Unterscheidung der materiellen Behandlung der verschiedenen Besitzer auf eine Weise in die formelle Benennung hineinverlegt, die dem natürlichen Sprachgebrauche durchaus widerspricht. (Vgl. u. §. 55.)

Ganz eigenthümlich ist der Schutz des Besitzes geordnet. Schon in der Proceß-O. Friedrich's d. Gr. von 1781 waren die Besitzklagen des gemeinen Rechts dahin verändert, daß die Spolienklage und das Summar. in eine Klage zusammengezogen waren, dagegen das Ordinarium mit dem Petitorium vereinigt war [1]. Dieser Standpunkt wurde beim L.R.

1) Corp. jur. Fridericianum. II. 7. §. 1. „Das poss. summar. findet statt, wenn Jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechts beunruhigt oder dieses Besitzes heimlicher oder gewaltsamer Weise entsetzt wurde." I. 3. §. 18. „Außer dem poss. summar. soll kein Unterschied weiter zwischen dem petit. und possess. stattfinden, sondern alle Facta, welche zur Entscheidung der Frage des Besitzes und des wirklichen Rechtes gehören, sollen zugleich

festgehalten; die betreffenden Paragraphen des L.R., nämlich §. 136—187, wurden der alten Proc.O. entsprechend verfaßt, und die Bestimmungen der Proc.O. selbst vollständig in die neue Gerichts-O. von 1793. I. 5. §. 27. I. 31. §. 1. aufgenommen. Die Gestalt, die die Besitzklagen dadurch bekommen haben, ist indessen keineswegs so einfach, wie man beabsichtigte. Denn da das Ordinar. nicht ganz aufgehoben, sondern nur mit dem Petitor. vereinigt ist, so hat man im Grunde doch noch zwei Besitzklagen, über deren Natur aber weder im L.R. selbst noch in der Preußischen Doctrin die wünschenswerthe Klarheit herrscht.

1) Das Summariissimum, welches also jetzt sowohl bei Störung als Entziehung des Besitzes stattfindet, hat folgende nähere Bestimmungen. Kläger ist nicht nur der Besitzer, sondern auch der Inhaber, ja ausdrücklich ausgenommen ist nicht einmal der Inhaber ohne allen Willen (§. 141. 146—150).

Beklagter ist im allgemeinen der Entsetzende und der Störer, so wie ihre Theilnehmer und Erben (§. 146—150). Indessen ist dieses modificirt

a) für den Inhaber in fremden Namen, dadurch, daß nach §. 144. 145 „den bloßen Inhaber der, in dessen Namen derselbe besitzt, zu allen Zeiten entsetzen kann", sobald nur die öffentliche Ruhe und die sonstigen Rechte des Inhabers nicht dadurch gestört werden.

b) für den Besitzer dadurch, daß nach §. 112. 113. 116. 122 mit dem Verluste des Gewahrsams keineswegs immer auch der Besitz verloren wird, sondern dieser, wenn man sie wider seinen Willen verliert, stets so lange fortdauert, bis ihn ein

untersucht werden, — und über die etwaigen Folgen des Besitzes nach der verschiedenen Qualität desselben erkannt werden."

Anderer fehlerfrei erwirbt [1]). Danach wird also der Besitz durch Diebstahl, Raub, Dejection u. dgl. nie verloren, und bleibt auch stets, wenn die Sache durch weitere fehlerhafte Besitzergreifung in dritte Hände kommt. Ist aber dieses, so kann der Besitzer diese natürlich stets als Störer seines noch fortdauernden Besitzes behandeln, und somit auf Unterlassung der Störung, d. h. auf Herausgabe der Sache, verklagen.

Gegenstand der Klage sind gleichmäßig Sachen und Rechte, die letztern natürlich, sofern bei ihnen überhaupt ein Besitz möglich ist. Von denen aber, bei welchen dem L.R. nach Besitz an sich angenommen werden muß, kann man keines von der Schutzklage für diesen Besitz ausschließen, da weder das L.R. noch die Ger.O. zu einer solchen Ausnahme von dem Grundsatze, daß jeder Besitz geschützt werden soll, Anlaß geben [2]).

Rechtsgrund der Klage ist, daß der Beklagte die Sache „mit Gewalt, heimlich, durch List, oder bittweise an sich gebracht hat", oder den Besitzer „in seinem Besitze solchergestalt zur Ungebühr gestört hat." §. 146. 147. 150. Nähere Bestimmungen über den Begriff der Gewalt und List, ob namentlich auch der Fall, wenn man durch Gewalt oder List zur Herausgabe des Besitzes gebracht ist (metus und dolus), dahin gehöre, finden sich nicht. Die Verweigerung der Zahlung bei affirmativen Rechten, namentlich Reallasten, hebt nach §. 126 den Besitz nicht auf, kann also nicht als Entziehung,

1) S. darüber Bornemann, a. a. O. S. 260, wo die vom Standpunkte der Savigny'schen Theorie aus gegen den Grundsatz gemachten Einwürfe zur Genüge widerlegt sind. Die Consequenzen scheint sich übrigens Born. selbst kaum vollständig klar gemacht zu haben.

2) Bornemann, a. a. O. S. 296. scheint sich hier der Savignyschen Theorie in soweit accomodiren zu wollen, daß er den mißliebigen Standpunkt des L.R. beim Besitze der Rechte auf diesem Wege indirect wenigstens unschädlich machen will.

sondern nur als Störung des Besitzes die Klage begründen [1]).

Von **Einreden** sind die aus Rechten an der Sache in §. 146 verworfen; die Verjährung ist die gewöhnliche von 30 Jahren [2]). Die Einrede der Besitzfehler ist in der Ger.O. I. 31. §. 14—16 ausdrücklich zugelassen, und zwar in merkwürdiger Ausdehnung. Nach §. 16 soll

> „der Richter bestimmen, inwiefern dem Kläger der entzogene Besitz wieder einzuräumen, oder er darin zu schützen ist, oder ob bei nicht erhellendem Besitzstande oder wegen bescheinigter Fehler des Besitzes die Sache in gerichtliche Verwahrung oder Sequestration zu nehmen, oder was sonst interimistisch zu verfügen ist."

Danach kann der Beklagte also selbst die Besitzfehler des Klägers gegen Dritte einwenden, und dadurch, wenn auch nicht Schutz des eigenen Besitzes, doch wenigstens gerichtliche Beschlagnahme der Sache bewirken. Indessen wird man diese exceptio de jure tertii und die gerichtliche Beschlagnahme doch mehr als eine polizeiliche Maßnahme anzusehen haben, und daher auf die Fälle beschränken müssen, wo polizeiliche Gründe sie rechtfertigen, wie namentlich bei Diebstahl und Raub; denn daß sie in allen Fällen, z. B. auch beim Precarium von Immobilien, eintreten müßten, würde doch eine alle Gränzen des Privatrechts übersteigende vormundschaftliche Fürsorge für das Interesse des betreffenden Dritten sein, und dem Grundsatze des §. 141, daß „gegen Gewalt **jeder** Inhaber geschützt werden muß", geradezu widersprechen [3]).

1) Vgl. **Simon** u. **Strampf**, Rechtssprüche der Preuß. Ger. B. 2. S. 393 ff.

2) Eine Verkürzung wies **Suarez** ausdrücklich zurück. Mater. S. 285. nro. 5.

3) Doch scheint **Bornemann**, a. a. O. S. 267. die Sache so zu nehmen. Vgl. aber Mater. Anhang. S. 617—18.

2) Aus der alten Ansicht, die auch der oben cit. Stelle des Corp. Frid. zu Grunde liegt, daß beim possess. ordinar. über die Qualität des Besitzes verhandelt, und der bessere Besitzer dem schlechtern vorgezogen werde, sind folgende Bestimmungen des L.R. hervorgegangen:

1) „Der vollständige Besitzer ist nur dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig, gegen jeden Andern hat er alle Rechte des Eigenthümers. §. 175. 176.

2) Der unvollständige Besitzer ist, so lange sein Besitzrecht dauert, keinem Andern, selbst nicht dem vollständigen Besitzer oder dem Eigenthümer zu weichen schuldig. In eben dem Maaße ist er auch auf Wiederherstellung seines Besitzes gegen Jeden anzutragen berechtigt. §. 169. 170.

3) Der bloße Inhaber kann die seiner Gewahrsam entkommene Sache nur von Demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitz hat, zurückfordern." §. 162.

In diesen Bestimmungen ist vom Standpunkte des Petitorium und des alten Ordinarium aus dem Besitzer je nach der Qualität seines Besitzes noch ein weiteres Klagerecht neben dem Summar. eingeräumt, welches gegen jeden dritten Besitzer gehen kann, und nicht gerade durch fehlerhafte Entziehung des Besitzes bedingt ist. Die beiden ersten Fälle fallen jedoch, namentlich da nach §. 177 auch Redlichkeit des Besitzes bei ihnen gefordert wird, ganz in das Princip des Petitor., namentlich der act. Public. des Röm. Rechts. Rein possessorisch ist dagegen der dritte Fall. Ueber diesen war freilich auch Streit in der Commission. Kircheisen hatte in seinem Entwurfe §. 698 gesagt: „gegen Dritte kann der bloße Inhaber nie auf Wiedererlangung des Besitzes klagen." Suarez machte aber dazu die Note: „auch nicht gegen den praedonem?" In Folge

davon kam in den ersten Hauptentwurf der Art. §. 152:

„Auch der bloße Inhaber kann die verlorne Sache von Dem, welcher sie ohne allen Rechtsgrund in Besitz genommen hat, zurückfordern."

und dieser wurde dann in der obigen Fassung in das L.R. aufgenommen. Eine Consequenz und einzelne Anwendung dieses Satzes ist die Bestimmung des §. 59. I. 9, wonach bei verlornen Sachen „der Finder auch dem vorigen bloßen Inhaber die Sache verabfolgen muß", und nur nach §. 60 bei erheblichen Zweifeln über das Recht dieses Inhabers die Sache in gerichtliche Verwahrung genommen wird, ähnlich der oben besprochenen Bestimmung der Ger.O. Klagegrund und Beweisthema dieser Klage ist also nichts, als daß der Kläger früher besessen habe, und der Beklagte jetzt besitze, aber ohne Rechtsgrund. Auch das Letztere muß der Kläger beweisen, da nach §. 179 jeder Besitzer „die Vermuthung der Rechtmäßigkeit seines Besitzes für sich" hat. Wie der Kläger seinen Besitz verloren hat, ist gleichgültig, nur darf er ihn natürlich nicht selbst freiwillig aufgegeben haben. Die Einrede der Besitzfehler hat der Beklagte aus seiner eigenen Person unzweifelhaft, weil er ja dann selbst der ältere Besitzer ist. Dem vorhin cit. §. 60 zufolge wird man aber auch aus der Person Dritter die Einrede in demselben Umfange zulassen müssen, wie beim Summariissimum [1]).

§. 50.

Frankreich.

Die Französischen Gesetzbücher behandeln den Besitz äußerst dürftig. Die Verfasser hatten offenbar kein rechtes Bewußtsein

1) Das ganze Klagerecht ist übrigens von Bornemann, a. a. O. S. 272 — 3 nicht gehörig gewürdigt.

von der Bedeutung der Aufgabe, die sie hier zu lösen, und den Schwierigkeiten, die sie hier zu überwinden hatten. Die ganze Gesetzgebung über den Besitz besteht im allgemeinen darin, daß im Code civil im Titel von der Verjährung der Besitz als ein Erforderniß derselben kurz beschrieben wird, und im Code de procédure in einem ganz kurzen Titel „Des jugemens sur les actions possessoires“ das alte Recht neu bestätigt ist. Im Einzelnen ist Folgendes auszuführen.

Die Definition, die in Art. 2228 an die Spitze gestellt ist, macht den Versuch, einen Gesammtbegriff für den Besitz der Sachen und Rechte aufzustellen. Es heißt:

> La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

Allein man hat sich die Sache etwas zu leicht gemacht; denn diese Verschlingung der beiden Definitionen, die Pothier getrennt aufgestellt hatte [1], détention d'une chose und jouissance d'un droit, giebt zwar einen Satz, aber nicht einen Begriff, und die Aufrichtigkeit des Preuß. L.R., welches auch den Schein der Einheit vermeidet, wo es keine wirkliche Einheit hat, ist einer solchen Vereinigung offenbar vorzuziehen. Ueber den Umfang des Besitzes der Rechte sucht man vergebens nach einer Bestimmung. Aus der Stellung der Lehre im Verjährungstitel könnte man schließen, daß nur bei verjährbaren Rechten Besitz möglich sei. Allein dem widerspricht zunächst Art. 690 und 691. Hier heißt es vom Erwerbe der Servituten, die servitudes continues et apparentes könnten erworben werden „par titre ou par la possession de 30 ans“; alle

1) *Pothier*, traité de la possession. §. 1. §. 38.

andern Servituten dagegen, also die continues non apparentes und die discontinues apparentes ou non apparentes könnten nur „par titre“ erworben werden, indem dabei ausdrücklich hinzugefügt wird: „la possession, même immémoriale, ne suffit pas pour les établir.“ Dieser Schlußsatz zeigt deutlich, daß man den Besitz an sich auch bei den übrigen Servituten für möglich hielt, und daß nur seine Wirksamkeit zur Ersitzung hier ausgeschlossen sein soll. Dazu kommt, daß in dem Titel „Des preuves de la filiation des enfans légitimes“ auch eine possession d'état angenommen wird, indem es dort in Art. 320. 321 heißt:

A défaut de ce titre (sc. des actes de naissance) la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. — La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits, qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille, à laquelle il prétend appartenir.

Danach kann man den Begriff des Besitzes an sich bei keinem Rechte ausschließen, bei dem er nicht nach dem Art. 2228 von selbst dadurch ausgeschlossen ist, daß bei ihm eine jouissance par exercice nicht möglich ist, wie es bei den Rechten der Fall ist, die mit der Ausübung erlöschen. Welche Rechte dahin gehören, ist auch hier offene Frage. Von der Annahme des Besitzes an sich ist übrigens die des rechtlichen Schutzes dieses Besitzes durchaus zu trennen.

Eigentlich ganz ohne ausdrückliche Bestimmung ist die Unterscheidung von Besitz und Detention gelassen. Die einzige dahin zielende Bestimmung sind die Worte des Art. 2228:

— que nous tenons par nous mêmes, ou par un autre, qui tient en notre nom —

allein diese lassen, wie das sibi und suo nomine possidere der

Romanisten, an sich eine verschiedene Deutung zu. Indessen hat sie die Französische Jurisprudenz doch mit Recht von Anfang an nicht anders verstanden, als daß der animus domini damit bezeichnet sei. Abgesehen davon, daß auch Pothier, von dem die Definition stammt, sie so verstand, zeigt zunächst schon die Stellung, die man der Besitzlehre im Systeme gab, daß man dabei vom Standpunkte des Eigenthumsbesitzes ausging, und specieller spricht sich die Bedeutung jener Worte in Art. 2230 und 2236 aus, indem hier das posséder pour autrui oder à titre précaire und pour soi oder à titre de propriétaire einfach einander entgegengesetzt werden [1]). Weitere Unterscheidungen zwischen den Besitzern in fremden Namen, namentlich Fälle eines abgeleiteten Besitzes, finden sich nicht. Indessen ist der Unterschied von possession und détention, den der Art. 2228 hat, im Sprachgebrauche nicht festgehalten. In Art. 1738 u. 2076 ist z. B. possession auch bei der Detention des Miethers und Pfandgläubigers gebraucht.

Auch die Bestimmungen über die Besitzklagen, die im Code de proc. enthalten sind, sind höchst mangelhaft. Zu ihrem Verständniß ist ihre Entstehungsgeschichte voraufzuschicken. Im J. 1790 wurde in Frankreich durch die assemblée constituante nach dem Muster der Englischen justices of peace das Institut der juges de paix eingeführt, und ihrer Competenz unter

1) „On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé, qu'on à commencé à posséder pour un autre. — Ceux qui possèdent pour autrui ne préscrivent jamais. Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres, qui détiennent précairement la chose du propriétaire ne peuvent la prescrire. — Bei dem Worte „précairement" darf man nicht an das Römische precarium denken. Pailliet, (Com. sur la Code de proc. a. 23.) sagt: On a toujours appelé possession précaire toute autre possesssion, que celle à titre de propriétaire, — à titre non précaire et à titre de propriétaire expriment la même idée. Vgl. Planck, Bes. n. franz. R. S. 5. n. 3. S. 95. n. 47.

Anderem auch zugewiesen:

— des déplacemens de bornes, des usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, des entreprises sur les cours d'eau servant à l'arrosement des prés, et de toutes autres actions possessoires [1]).

Bei der Abfassung des Code de procéd. wurde das neue Institut beibehalten und weiter ausgebildet. Das ganze erste Buch handelt de la justice de paix. Die Bestimmungen des Ges. von 1790 über die Besitzklagen wurde dabei gleich im ersten Entwurfe unverändert im Art. 3 aufgenommen, aber ohne weitern Zusatz. Indessen faßte die Section de législation du tribunat gleich bei ihrer ersten Berathung den Beschluß:

La section émet le vœu, qu'il soit tracé des regles spéciales sur la complainte et la réintegrande à l'exemple de ce qui avoit été fait dans l'ordonnance de 1667.

und bei der zweiten Berathung wiederholte sie dieses mit den Worten:

La section persiste à demander qu'il y ait un titre sur la réintegrande, il est indispensable d'expliquer quelle est la nature de la possession, qui seule peut donner lieu à l'action, etc.

Die Gesetzgebungs-Commission rückte hierauf einen eigenen Titel des jugemens sur les actions possessoires ein, welcher 5 Artikel, 23—27, enthält, von denen aber nur der erste die Voraussetzungen der Besitzklagen bestimmt, die andern das Verhältniß des possess. und petitor. Jener erste Art. lautet so:

Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en posses-

1) *Henrion de Pansey*, de la compét. des juges de paix. ch. 10.

sion paisible par eux ou les leurs, à titre non précaire. Die dem Corps législatif vorgetragenen Motive bemerken dazu unter anderem:

— les dispositions de ce titre n'ont rien de contraire à celles de l'ordonnance de 1667, et n'offrent rien, qui puisse être susceptible du doute le plus léger; — nous n'avons pas aspiré à la vaine gloire de faire de nouveau, mais à la gloire solide de tracer un marche simple, — qui conduise au but, qu'on doit se proposer, c'est-à-dire à la pleine instruction du juge, etc.

Das Tribunat war mit dieser Ergänzung durchaus zufrieden; in dem Berichte des Tribunen Faure an das Corps législatif wird die Bestimmung des Titels einfach ohne weitere Kritik, jedoch wieder mit ausdrücklicher Berufung auf die Ord. v. 1667, aufgeführt, und ebenso wurde er vom Corps législatif selbst ohne alle Discussion angenommen [1].

Wenn man diese Entstehungsgeschichte des Art. 23 ins Auge faßt, so verschwindet jeder Gedanke, daß der Code de procéd. hier irgend etwas Neues habe einführen wollen, natürlich vollständig, und das ältere Recht, namentlich in der Gestalt, die es durch die Ord. von 1667 erhalten hat, muß ohne Zweifel noch jetzt als die eigentliche Quelle bei den Zweifeln und Lücken, die der Artikel trotz des selbstgefälligen Lobes der Verfasser läßt, gelten. Nur eine, aber allerdings eine sehr wichtige, Veränderung ist dennoch bei dieser neuen Bestätigung des ältern Rechtes stillschweigend vorgenommen, oder eigentlich mit untergelaufen. Die Verfasser des Code de procéd. theilten nämlich die oben S. 367 bereits angeführte unrichtige Ansicht

1) Alle diese Verhandlungen sind gedruckt bei *Locré*, la législation de la France. T. XXI. p. 48. 378. 520. 558.

über die Ord. v. 1667, daß darin die complainte und die réintegrande in Betreff des Erforderniſſes des einjährigen Beſitzes einander gleichgeſtellt ſeien. Sie ſtellten daher das Erforderniß in den Worten des Art. 23: „ceux qui depuis une année au moins étaient en possession“ ganz allgemein für die actions possessoires auf, und verſchafften ihm auf dieſe Weiſe vollſtändige geſetzliche Geltung. Man könnte zwar ſagen, die Worte des Art. „dans l'année du *trouble*“ zeigen, daß man nur an die complainte gedacht habe [1]), allein bei der ganzen Entſtehungsweiſe des Artikels, und da die réintegrande ſonſt gar nicht erwähnt wird [2]), läßt ſich dieſes doch nicht wohl annehmen [3]). Somit hat alſo das neuere Franzöſiſche Recht gar keinen Schutz des einfachen Beſitzes mehr, ſondern läßt ein Recht des Beſitzes überall erſt durch einjährige Dauer des Beſitzes entſtehen. Die Gründe, womit die Franzöſiſche Jurisprudenz dieſen rein hiſtoriſch zu erklärenden Satz legislativ zu rechtfertigen ſucht, ſind ſehr ungenügend. So ſagt z. B. der Praticien Français, T. I. p. 178:

> „la raison est, que s'il n'a pas possédé un an, la possession n'a pu s'asseoir, il n'a pas réellement été saisi“, etc.

1) Den Pluralis „actions possessoires“ müßte man dann aus Art. 2. erklären, wo es heißt „des déplacemens de bornes, des usurpations de terres, des entreprises sur les cours d'eau, et de toutes *autres actions possessoires.*“

2) Das Wort kommt nur beiläufig noch im Code civ. 2060 vor.

3) Doch ſagen Zachariä, Franzöſ. Civilr. B. 1. S. 400 und die Motive z. Entwurfe d. Heſſ. Geſetzb. Th. 2. S. 24., daß die Franzöſiſche Praxis zum Theil wirklich die réintegrande für einfachen Beſitz zulaſſe. Die vorherrſchende Anſicht iſt jedoch für die Gleichſtellung mit der complainte. Le praticien Français. T. I. p. 173 sqq. *Pailliet*, diction. univ. de droit. Fr. v. act. possess. *Berriat St. Prix*, cours de procéd. T. I. p. 116—118. Zachariä, a. a. O. B. 1. §. 187. a. Frey, Franz. Civilr. B. 1. §. 186.

und *Bigot Préameneau*, motifs du projet de loi relatif à la prescription, T. VI. p. 302:

La règle de la possession annale est la plus propre pour maintenir l'ordre public. C'est pendant la révolution d'une année que les produits d'un an ont été recueillis; c'est pendant une pareille révolution qu'une possession a pris un caractère qui empêche de la confondre avec une simple occupation [1]).

Die speciellere Bestimmung der einzelnen Bestandtheile der possessorischen Klagen kann hier unterlassen werden, da sie in den hier und oben §. 42 gegebenen Ausführungen von selbst enthalten ist [2]). Nur über den Umfang des Besitzesschutzes ist noch Einiges beizufügen. Daß bei der possession d'état die actions possessoires nicht anwendbar sind, bedarf keines weitern Beweises, ist auch von Niemand behauptet. Bei der Ehe sind für den Fall der Scheidung im Code civ. 287 sqq. besondere provisorische Maßregeln festgestellt.

Eben so wenig findet bei Mobilien und ihnen gleichstehenden Rechten eine possessorische Klage statt, weder bei Störung

1) Andere bringen den Satz mit der Ansicht von Pothier (tr. de la poss. VI. 83) in Verbindung, daß der Grund der Besitzklagen die Präsumtion des Eigenthums beim Besitzer sei, indem sie sagen, daß diese Präsumtion nicht wohl sogleich, wohl aber nach einjährigem ruhigem Besitze eintreten könne. S. Planck, Besitz, S. 88—94. Die Annahme dieser Präsumtion ist überhaupt sehr verbreitet. Gesetzlich bestätigt ist sie aber nicht; denn Code civ. 2230 (ob. S. 445. n. 1), auf den man sich gewöhnlich beruft, sagt nichts als daß der Detentor stets als Besitzer an. dom. präsumirt werde.

2) Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der Unterschied von complainte und réintegrande durch den Art. 23 materiell ganz bedeutungslos geworden ist. Vgl. oben S. 363. Nicht mit Unrecht bemerkt daher der Praticien Franc. T. I. p. 173. „— nous ne voyons aujourdhui aucune necessité, de laisser subsister cette distinction. En effet dès que dans l'un et dans l'autre cas il n'y a toujours qu'*une action possessoire*, il est plus simple de s'en tenir à cette seule dénomination.

noch bei Entziehung des Besitzes. Die complainte ist dem ältern Rechte zufolge durchaus auf Immobilien beschränkt, und eine andere Klage für Störung des Besitzes existirt nicht. Die réintegrande ging zwar früher auch auf Mobilien, allein diese Anwendung derselben ist im neuen Rechte dadurch von selbst weggefallen, daß der Code civ. 2279 den im ältern droit coutumier entstandenen Satz:

En fait de meubles la possession vaut titre;

ganz allgemein aufgestellt hat, und davon nur die einzige Ausnahme zuläßt:

Celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans contre celui, dans les mains duquel il la trouve.

Damit ist die weitere Anwendung der réintegr. bei Mobilien von selbst ausgeschlossen. Denn in den Fällen jener revendication fällt sie mit dieser selbst zusammen; wollte man sie aber noch in andern Fällen zulassen, so würde man damit noch andere Fälle aufstellen, wo der Besitzer seinen Besitz, und da das Eigenthum mit diesem von selbst verbunden ist auch sein Eigenthum, herausgeben müßte, was mit der Bestimmung des Artikels nicht vereinbar ist [1]).

Zweifelhafter ist die Frage, inwiefern bei Rechten, die den Immobilien gleichstehen, die Besitzklagen zulässig sind. Die Anzahl dieser Rechte ist freilich durch die bekannte Nacht des 4. August, in welcher die Feudalrechte aufgehoben wurden, sehr verkleinert; indessen sind doch jedenfalls schon im Code civ. 526 die Servituten übrig geblieben, und durch Gesetze vom J. 1808

1) Dies ist auch allgemeine Ansicht. Neuerdings hat zwar Renaud, Ztschr. f. Rechtsw. d. Ausl. B. 17. S. 164 ff. die Anwendbarkeit der Besitzklagen für Mobilien vertheidigt; allein seine Gründe beweisen wohl nicht mehr, als daß eine Klage gegen Besitzstörung neben dem Art. 2279 möglich wäre.

ist auch eine „immobilisation“ von Renten wieder zugelassen [1]). Der Streit ist hier hauptsächlich bei den Servituten geführt. Schon vor dem Code war es eine häufige Ansicht, daß bei Servituten weder complainte noch Verjährung stattfinden könne, wenigstens nicht ohne Nachweis eines Titels, weil ohne einen solchen die Ausübung, wie Pothier sagt [2]), „est presumée une jouissance de pure tolérance. Im Code civ. 691 ist die Unverjährbarkeit bei den serv. discontinues und continues non apparentes bestätigt, über die Besitzklage aber nichts gesagt. Beim Code de proc. wurde zwar in den Bemerkungen des Cassationshofes zum Entwurfe ein Zusatzartikel beantragt des Inhalts:

En matière de servitude l'action possessoire n'est recevable que lorsque la servitude peut se prescrire [3]).

allein er wurde nicht angenommen. Somit besteht eine ausdrückliche gesetzliche Abhängigkeit der Besitzklagen von der Verjährung bei den Servituten nicht. Dennoch ist die Ansicht der Französischen Jurisprudenz vorherrschend für eine solche Abhängigkeit, indem man sich theils darauf beruft, daß die Besitzklagen ja überhaupt eigentlich selbst nur auf einer Art Verjährung beruhen, und somit von selbst den Verjährungsgrundsätzen unterliegen; theils darauf, daß doch jedenfalls der Grund, auf welchem die Ausschließung der Ersitzung der Servituten beruht, nämlich die Schwierigkeit der Unterscheidung des eigentlichen Besitzes von bloßen „actes de pure faculté et de simple tolérance“ (Code civ. 2232), beim Schutze des Besitzes ebenso eintrete [4]). Beide Gründe haben offenbar vieles für sich, sind

1) In der Regel sind Renten, auch ewige, nach Art. 529 als Mobilien zu behandeln.

2) Tr. de la possess. n. 90. de la prescript. n. 164.

3) *Sirey*, recueil général des lois. IX. 1.

4) Planck, Besitz, §. 10. S. 133 ff. Stabel, Bl. f. Rechtsanw. i.

aber doch nicht ganz überzeugend. Denn wenn das Erforderniß des Annalbesitzes auch im Grunde eine Art Verjährung ist, so hat man es doch von jeher von der gewöhnlichen „prescription“ ganz getrennt gehalten [1]), und es ist auch im Code civ. nicht unter den kurzen Verjährungen mit aufgeführt, so daß die unmittelbare Anwendung der Verjährungsgrundsätze darauf bestimmt nicht in der Absicht der Gesetze liegt. Innerlich gewichtiger ist der andere Grund, indessen sind der definitive Erwerb des Rechtes selbst durch Besitz, und der provisorische Schutz des bloßen Besitzes doch auch wieder zwei so verschiedene Dinge, daß aus der Ausschließung des erstern die des zweiten doch nicht eigentlich so ohne weiteres gefolgert werden kann [2]). Nimmt man übrigens diesem zufolge die Zulassung der Besitzklagen bei allen Servituten an, so versteht es sich von selbst, daß deren Anwendung bei andern unbeweglichen Rechten, namentlich den oben erwähnten Renten, im allgemeinen noch weniger einem Zweifel unterliegen könne.

§. 51.

Baden.

Das Badische Landrecht ist eine Uebersetzung des Code Napoléon, nur mit einzelnen eingeschalteten Zusatzartikeln. Die Darstellung des Badischen Besitzrechts hat sich daher hier auf diese Zusatzartikel zu beschränken, und nur daneben noch die Proc.O. von 1832 zu berücksichtigen.

Baden, B. 1. S. 180 will auch noch die Präsumtion des Eigenthums mit in die Frage hereinziehen.

1) Z. B. in Betreff der Ausnahmen, der Restitution u. a. vgl. *Denisart*, coll. de decis. v. complainte. *Pailliet*, dictionn. v. act. poss. p. 199.

2) Die neuere Französische Praxis soll sich deshalb auch der Zulassung der Besitzklagen bei allen Servituten wieder mehr zuneigen. Motive z. Entw. d. Hess. Gesetzb. Th. 2. S. 22.

Sowohl über den Begriff als über den Schutz des Besitzes findet sich im L.R. je ein Zusatzartikel; doch sind beide nicht im Titel vom Besitze eingeschaltet, sondern in den Titeln über die Verschiedenheit der Sachen und vom Eigenthume (II. 1. 2.). In dem erstern Titel lautet der Art. 543:

„Die Befugnisse, welche man auf Güter haben kann, sind entweder ein Eigenthum, oder ein bloßer Genuß, oder Grundgerechtigkeiten" [1]).

Dazu ist nun, wie es scheint zu dem Worte „haben", der Zusatz gemacht:

„Die Art des Habens besteht theils in der bloßen natürlichen Möglichkeit, die dahin zielenden Verfügungen über die Sache oder ihren Genuß und Gebrauch wirksam zu treffen, und ist alsdann bloße Inhabung; theils zugleich in dem Vorsatze, diese Verfügungen in eigenem Namen und nach eigener Willkür zu machen, der alsdann den Besitz ausmacht; theils endlich in einem mitverbundenen zureichenden Rechtsgrunde für diesen Vorsatz, welcher die Inhabung zur wirklichen Berechtigung erhebt."

Welchen legislativen Zweck man durch diesen Zusatz erreichen wollte, ist schwer zu sagen. Das was dem Code hier fehlt ist eine genauere Bestimmung des animus possidendi und des Verhältnisses des eigenen Besitzes und der Stellvertretung fremden Besitzes. Statt dem abzuhelfen, giebt man einen trivialen Klimax von Inhabung Besitz und Recht, und zwar in einer Weise, daß der Zweifel nur noch vergrößert ist. Offenbar wollte man den animus domini des Code bestätigen, allein wenn man den Besitz als „die Inhabung in dem Vorsatze die auf

1) Code civ.: On peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.

den Genuß und Gebrauch der Sache zielenden Verfügungen in eigenem Namen zu machen" bezeichnet, so kann man auch den Usufructuar und Pächter als Besitzer ansehen. Diese besitzen zwar die Sache an sich in fremdem Namen, allein den Genuß und Gebrauch wollen sie für sich haben, und somit wollen sie auch die dahin zielenden Verfügungen in eigenem Namen und nach eigener Willkür machen.

Ueber den Besitz der Rechte, der doch gerade in Baden, wo man die Real-Lasten und Rechte großentheils bestehen ließ, und zwei lange Titel darüber in das Gesetzbuch einschaltete, von besonderer Wichtigkeit war, ist kein Zusatz gemacht.

Auch die Bestimmungen über den Schutz des Besitzes, die im Zusatzartikel 544. e. im Titel über das Eigenthum eingeschaltet sind, befriedigen gerade nicht sehr. Es heißt zunächst, der Besitz habe, abgesehen von besondern Vertragsverhältnissen oder wirklichen Rechten an der Sache,

> „— alle Wirkungen des Eigenthums zu Gunsten des wirklichen Besitzers gegen Jeden, der nicht einen stärkern Besitz geltend machen kann."

Stärkerer Besitz wird dann aber dem zugesprochen:

> „— der vor dem Andern die Sache wenigstens ein Jahr lang ungestört aus einem Rechtsgrunde, der die Meinung eines Eigenthumserwerbes begründen kann, ruhig inne hatte, und sie durch Eigenmacht des Andern, oder derjenigen, deren Rechtsnachfolger dieser ist, verlor";

doch soll die Klage aus dem stärkern Besitze nur bei Immobilien und nur binnen Jahresfrist stattfinden. Das Erforderniß des einjährigen Besitzes bei dieser Klage des stärkern Besitzers läßt vermuthen, daß man bei den Bestimmungen überhaupt die Besitzklagen des Code de procéd. habe aufnehmen wollen. Indessen hätte man die Aufnahme dann ziemlich schief ange-

griffen. Zunächst muß es auffallen, daß man in dem zweiten Absatze dem einjährigen Besitzer blos für den Fall des Verlustes des Besitzes ausdrücklich eine Klage gegeben hat, nicht auch für den der Störung. Es läßt sich das fast nur daraus erklären, daß die Klage für diesen Fall bereits in dem ersten Absatze, der vom einfachen Besitze redet, enthalten ist; und in der That muß man, wenn der Besitzer „alle Rechte des Eigenthümers" hat, ihm natürlich auch ein Recht auf Schutz in seinem Besitze gegen fremde Anmaßungen und Störungen zugestehen [1]). Danach hätte also jeder Besitzer [2]) Schutz gegen Störung, nur der einjährige aber Schutz gegen Entziehung, umgekehrt also, als bei der alten complainte und réintegrande! Bei der Klage des stärkern Besitzers ist dann aber noch die weitere auffallende Beschränkung, daß er aus einem Eigenthumstitel besitzen muß, also eine Art bonae fidei possessio des Römischen Rechts haben muß. Es scheint dieses auf einem reinen Mißverständnisse der Worte „à titre non précaire" zu beruhen, die ja nicht einen wirklichen Rechtstitel, sondern nur den animus domini bezeichnen [3]).

Daß sich die Verfasser des L.R. diese Consequenzen ihrer Bestimmungen klar gedacht haben, ist sehr zweifelhaft. Jedenfalls wurden sie durch die Proc.O. von 1832 beseitigt. Diese hat einen eigenen Titel „Vom Besitzprocesse" und fordert darin für alle Besitzklagen, sowohl die „zur Erhaltung eines gestörten als zur Wiedererlangung eines entzogenen Besitzes" einjährige

1) Man könnte daraus auch ein Vindicationsrecht ableiten wollen, allein ausdrücklich soll nur der „wirkliche" Besitzer jene Rechte haben; mit dem Verluste des Besitzes hören sie also auf.

2) Auch bei Mobilien, denn nur der zweite Absatz ist auf Immobilien beschränkt.

3) Man sieht das aus dem Vergleiche von Code civ. 2229—31. 2262 bis 2265.

Dauer des Besitzes, aber keinen Besitztitel [1]); nur bei den Servituten des Art. 691 wurde die alte Theorie von Pothier angenommen, daß dabei stets Beweis eines Titels nöthig wäre. Für Mobilien ist darin in §. 744 die Besitzklage „zur Wiedererlangung eines verlornen Besitzes" ausdrücklich ausgeschlossen. Ob die Klage zur Erhaltung eines gestörten Besitzes bei ihnen zulässig sein soll, was durch arg. a contr. eigentlich aus dem Paragraphen folgt, ist nicht gesagt. Da sie dem Grundsatze possession vaut titre nicht widerspricht, und sie in dem ersten Absatze des Zusatzart. 544. e. dem Obigen zufolge enthalten ist, sollte man sie eigentlich zulassen. Ueber die Besitzklagen bei Real-Rechten und Lasten ist auch hier nichts bestimmt [2]).

§. 52.

Oesterreich.

Das Oesterreichische Gesetzbuch zeichnet sich durch eine große Einfachheit und Uebersichtlichkeit seiner Bestimmungen aus, ohne jedoch dem Inhalte nach einen wesentlichen Fortschritt in der Behandlung des Gegenstandes zu begründen.

Es faßt den Besitz wieder als „dingliches Sachenrecht" neben Eigenthum, Pfandrecht, Servitut und Erbrecht auf, §. 308; indessen ist das Sachenrecht dabei gleichbedeutend genommen mit Vermögensrecht, indem nach §. 353 „alles, was Jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen sein

1) Die letztere Klage geht hier ausdrücklich nur gegen die „allgemeinen" Rechtsnachfolger. Das L.R. hatte diese Beschränkung wenigstens nicht ausdrücklich.

2) Der ganze Titel der Proc.O. ist übrigens von Stabel, Bl. f. Rechtsanw. in Baden, B. 1. S. 183 ff. einer vortrefflichen Kritik unterworfen. In allen Punkten kann man ihm freilich wohl nicht beistimmen. Vgl. z. B. ob. S. 451. N. 4.

Eigenthum heißen" [1]). Die Bestimmung des Begriffs selbst ist in §. 309. 311 so gefaßt:

„Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

Alle körperliche und unkörperliche Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden."

Man hat also das alte Mittel, durch den Begriff der unkörperlichen Sache scheinbar einen Gesammtbegriff für den Besitz der Sachen und Rechte zu Stande zu bringen, was in Preußen verworfen war, wieder angenommen. Der Umfang des Besitzes der Rechte ist genau bestimmt. Er ist durchaus auf die Vermögensrechte oder die, die „einen Gegenstand des rechtlichen Verkehrs" bilden, beschränkt, bei diesen aber ganz allgemein zugelassen; es heißt ausdrücklich: „alle unkörperliche Sachen", und dem entsprechend werden auch in §. 313 als einzelne Fälle von Besitzerwerb bei Rechten aufgeführt:

„wenn Jemand von einem Andern etwas als eine Schuldigkeit fordert, und dieser es ihm leistet; ferner wenn Jemand die einem Andern gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet; endlich wenn auf fremdes Verlangen ein Anderer das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt."

Nur die Beschränkung findet auch hier statt, daß, da man nach §. 312 „in den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte durch den Gebrauch derselben kommt", auch die Rechte, die mit der

1) Zeiller, Comm. z. Oest. Gesetzb. B. 2. S. 109, hebt besonders hervor, daß alle Rechte, „und zwar ohne Unterschied der dinglichen und persönlichen, einen Gegenstand des Eigenthums ausmachen."

Ausübung erlöschen, vom Besitze ausgeschlossen sein müssen. Daher muß denn auch von den genannten drei Fällen des §. 313 der erste nothwendig auf die Forderung einer „dauernden" und wiederkehrenden Schuldigkeit, wie im Preuß. L.R., beschränkt werden. Bei dem zweiten Falle kann es dagegen keinen Zweifel leiden, daß hier für alle Gebrauchsrechte von fremden Sachen, dingliche wie persönliche, also namentlich auch für Miethe und Commodat, der Theorie des XVIII. Jahrhunderts gemäß der Besitz zugelassen ist.

Dieser letztere Satz machte es auch allein möglich, den Unterschied von Besitz und Detention so einfach zu bestimmen, wie geschehen ist, ohne doch den Standpunkt der bisherigen Theorie und Praxis zu verlassen. Nur wer eine Sache „als die seinige" hat, oder ein Recht „im eigenen Namen" ausübt, ist Besitzer. Zum Sachenbesitz gehört daher wesentlich animus domini, jede andere Gewalt über Sachen ist nur Inhabung, und als solche ohne possessorischen Schutz; allein sobald man mit der Inhabung ein Recht auf die Sache in eigenem Namen ausübt, so hat man neben der Inhabung der Sache den Besitz dieses Rechtes, und insofern dann mittelbar von selbst auch Schutz der Inhabung. Der unvollständige Besitz des Preuß. L.R. ist also gänzlich verworfen, und die oben S. 435 u. erwähnte Ansicht der Monita gegen den Entwurf desselben angenommen. Auch die Ausscheidung des fehlerhaften Besitzes aus dem eigentlichen Besitze zur Inhabung, die das Preuß. L.R. hat, ist im Oesterr. Gesetzb. nicht angenommen, sondern der fehlerhafte Besitz [1]) nur in §. 345 mit der Bezeichnung „unechter" Besitz von dem fehlerlosen unterschieden.

1) d. h. „wenn sich Jemand in den Besitz eindringt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht."

Der Schutz des Besitzes ist in §. 339 u. 346 sehr einfach geordnet:

„Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist Niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffs und den Ersatz des erweislichen Schadens zu fordern.

Gegen jeden unechten Besitzer kann sowohl die Zurücksetzung in die vorige Lage als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden, beides — ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht, welches der Geklagte auf die Sache haben könnte.“

Es sind also zwei Klagerechte, wegen Störung und wegen Entziehung, aufgestellt. Beide hat nur der Besitzer, nicht der Detentor, aber gleichmäßig der Besitzer von Sachen wie von Rechten, und ohne Rücksicht auf Rechtmäßigkeit des Besitzes. Beide sind persönlich und gehen nur gegen den Störer und Entzieher des Besitzes. Beide beruhen auf unmittelbarer Eigenmacht. Beide lassen keine Einreden aus Rechten an der Sache zu. Auch die Einrede der Besitzfehler ist nicht aufgenommen, indessen kann sie natürlich stets durch Widerklage geltend gemacht werden. Eine besondere Verjährung findet sich auch nicht.

Außer diesen beiden Klagen hat das Oesterr. Gesetzbuch keine Besitzklage mehr. Denn das Ordinarium, welches Winiwarter[1]) in §. 372 findet, ist nichts als die actio Publiciana des Römischen Rechts, da es stattfindet, „wenn der Kläger mit dem Beweise des Eigenthums zwar nicht ausreicht, aber den gültigen Titel und die echte Art, wodurch er zum Besitze gelangt ist, dargethan hat.“ Das alte Summar. ist also im Gesetzb. ganz weggefallen, an seiner Stelle findet sich nur in

1) In Protobevera's Materialien f. d. Gesetzkunde i. d. Oest. St. B. 7. S. 169. 175.

§. 347 die Bestimmung, daß im Besitzprocesse bei zweifelhaftem Besitzstande

„die Sache so lange der Gewahrsam des Gerichts anvertraut wird, bis der Streit über den Besitz entschieden ist."

§. 53.

Hessen.

Der Entwurf des Civilgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen ist vorzugsweise ein Resultat der Savigny'schen Theorie des Römischen Besitzrechts, und steht daher zu den bisher besprochenen Gesetzbüchern in einem wesentlichen Gegensatze. Es war zwar durch die Gesetzgebung als leitendes Princip für den Entwurf im Ganzen die Forderung aufgestellt, „außer der bereits bestehenden Deutschen Jurisprudenz und Gesetzgebung die Rheinhessische (Französische) Gesetzgebung möglichst und vorzugsweise zu berücksichtigen"; indessen wurden gerade beim Besitzrechte [1]) die Hauptgrundsätze des Französischen Rechts, die Beschränkung des Besitzesschutzes auf die Immobilien und den Annalbesitz, entschieden verworfen, bei der Deutschen Jurisprudenz aber fast ganz die Ansichten Savigny's zu Grunde gelegt.

So geht der Entwurf zunächst davon aus, daß der Besitz „eigentlich" nur bei Sachen stattfinden könne, bei Rechten aber nur „uneigentlich" und jedenfalls nur bei dinglichen Rechten; wirklich zugelassen wird er selbst nur bei Servituten. Beim Sachenbesitz wird Inhabung und Besitz unterschieden, der letztere aber durchaus auf Inhabung mit animus domini beschränkt, ohne Zulassung von Ausnahmsfällen eines abgeleiteten

1) Es handelt davon der zweite Titel der zweiten Abtheilung.

Besitzes [1]. Auf diesen eigentlichen Besitz ist dann der Schutz durch possessorische Klagen durchaus beschränkt, nur beim Nießbrauch findet vom Standpunkt des Servitutenbesitzes ein Schutz der Inhabung statt. Der Schutz selbst wird sowohl bei Störung als Entziehung des Besitzes gegeben, und zwar im Wesentlichen ganz wie im Römischen Rechte. Beim Besitze der Servituten ist dagegen der Standpunkt des Römischen Rechtes insofern ganz verlassen, als über den Schutz des Besitzes hier gar keine besondere Bestimmung gegeben, sondern ganz auf die Analogie vom Sachenbesitze verwiesen ist.

1) Dieses widerspricht Savigny's Theorie nicht, da Sav. ja den abgeleiteten Besitz als rein historisch zu erklärende Anomalie des Röm. Rechts auffaßt. Indessen hat man sich hierdurch in Verbindung mit der Beschränkung des Quasibesitzes auf die Servituten eigentlich den Weg verschlossen, bei den dinglichen Pachtrechten, wie Emphyteuse u. a., die man doch nach den Mot. zu Tit. III. S. 58 nicht ganz ausschließen will, einen Besitzesschutz zu geben, während er doch an sich hier noch eher als bei den Servituten stattfinden sollte.

Achter Abschnitt.

Philosophie des Besitzrechtes.

§. 54.

Einleitung.

Das Resultat, welches aus der gesammten bisher dargestellten historischen Entwicklung für Theorie und Praxis hervorgeht, kann in der That kaum anders als trostlos bezeichnet werden. Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis bieten eine Zerfahrenheit und Zerrissenheit der Ansichten in den Grundprincipien wie in den Consequenzen dar, daß man in der That rath- und hülflos vor der wirren Masse dasteht, und sich zweifelnd frägt, ob denn wirklich diesem Chaos von Bestimmungen eine an sich vernünftige und erkennbare Idee zu Grunde liege, oder ob nicht Alles rein nur ein Spiel des Zufalls und der Willkür sei. Die Vertheidiger der „Naturwüchsigkeit" und der „innern (dunkeln) Nothwendigkeit" des Rechts und seiner Entwicklung werden freilich sagen, dies sei gerade das wahre, da zeige sich eben die Verschiedenheit der Volksgeister und ihrer Entwicklung, die reiche Mannichfaltigkeit des wirklichen Lebens im Gegensatze zu der todten Einheit der philosophischen Abstraction. Das ist auch recht schön, so lange man ruhig die gegebenen Erscheinungen am Faden der Geschichte aufreiht, und als Gelehrter den theoretischen Genuß feiert, aus der erdrückenden

Masse der Rechtsquellen ein bestimmtes, zwar buntes aber doch in seinen Grundzügen erkennbares, Gemälde herauszuziehen und vor sich auszubreiten. Allein gegen das Leben und seine praktischen Forderungen reicht man damit nicht aus. Dieses verlangt immer dringender und dringender neue Gesetzgebung, und zwar Gesetzgebung für ganz Deutschland. Diese aber läßt sich mit aller historischen Kenntniß nicht machen. Bei den Gesetzbüchern für einzelne Länder kann man sich zwar damit begnügen, das jedesmalige bestehende Recht einfach beizubehalten und nur fester zu bestimmen, unbekümmert, ob es an sich vernünftig begründet sei oder nicht. Bei einem Gesetzbuche für ganz Deutschland geht das nicht. Hier verlangt man einen Begriff des Besitzes, und einen Schutz des Besitzes gleichmäßig durch ganz Deutschland, und erklärt es einfach für eine Thorheit, daß der Preußische Volksgeist ein anderes Besitzrecht verlange, als der Würtembergische, und der Bairische u. s. w. Doch aber stehen hier das gemeine Recht mit seinen verschiedenen Auffassungen, das Bairische, Preußische, Französische, Oesterreichische gleichberechtigt einander gegenüber, und keines kann durch etwas Anderes als durch Vernunftgründe überwunden werden. Somit bleibt hier wohl nichts Anderes übrig, als daß die Rechtsgeschichte ihre Schwäche eingesteht, ihre vielverachtete und angefeindete Schwester, die Rechtsphilosophie, zu Hülfe ruft, ihr die eigentliche Entscheidung überträgt, und ihr dabei nur mit gutem Rathe aus dem Schatze ihrer Erfahrung an die Hand geht.

Alles rechtshistorische Studium, wenn es wahrhaft geschichtlich ist, und nicht etwa eine Erscheinung der Geschichte für die Geschichte nimmt, muß nothwendig zur Rechtsphilosophie hinführen. In der Geschichte treten die Rechtsbegriffe stets in einseitiger Auffassung und Durchführung hervor. Die

Geschichte zeigt daher zwar die verschiedenen Standpunkte, die bei der Auffassung der Rechtsbegriffe möglich sind, die verschiedenen Consequenzen, zu denen sie fortentwickelt werden können, sie ist insofern die beste Bewahrerin vor Einseitigkeiten; allein sie läßt den Forscher zuletzt stets mitten unter allen jenen Möglichkeiten stehen, ohne ihm den Standpunkt anzugeben, von wo aus er auf der einen Seite die Erscheinungen der Vergangenheit übersehen und beurtheilen, und auf der andern den Anforderungen der Zukunft Genüge leisten kann. Will er sich daher nicht entweder von bloßem Gefühle und Tacte leiten lassen, oder sich ohne weitern Grund einer einzelnen etwa besonders glänzenden und liebgewonnenen Erscheinung der Geschichte anschließen, so bleibt ihm nichts übrig, als eine neue Führerin zu suchen, die ihn zu jenem Standpunkte hinleite, und diese Führerin ist eben Niemand anderes, als die Philosophie.

Indessen ist dabei unter Philosophie keineswegs blos die schulgerechte Philosophie eines bestimmten Systemes zu verstehen, sondern überhaupt jede apriorische Aufstellung von Rechtsprincipien mit einer Begründung aus an sich vernünftigen Gründen. Auch der philosophische Naturalist, dem durch natürliches juristisches Talent oder durch praktische Erfahrung vielleicht tiefere unmittelbare Blicke in den Schacht des vernünftigen Rechts eröffnet sind, als der Philosoph von Fach mit aller Speculation gewinnt, wird daher von der Rechtsgeschichte mit offenen Armen als Helfer und Führer in der Noth begrüßt werden. Für die streng wissenschaftliche Verarbeitung und die fachmäßige Einreihung der so gewonnenen Resultate in der formellen Rechtsphilosophie wird die Schule dann schon sorgen.

Dieses ist der Standpunkt, von dem aus der nachfolgende Versuch niedergeschrieben ist. Er hat also nicht etwa die Prätension, der bisher gegebenen historischen Entwicklung die

absolute Krone der philosophischen Vollendung aufzusetzen, sondern viel eher möchte er sich im Gegentheil als den Anfang einer neuen Reihe von Untersuchungen hinstellen, bei denen die Philosophie nicht mehr wie bisher als Magd eines einzelnen positiven Rechts, des Römischen, Preußischen, Französischen, benutzt wird, sondern unabhängig frei und selbstständig über allen einzelnen Rechten dasteht, das Schwerdt der Kritik über sie schwingend und das vernünftige Recht damit erobernd.

§. 55.

Sachenbesitz.

Bei der philosophischen Entwicklung des Besitzrechts könnte man im allgemeinen einen doppelten Weg einschlagen. Man könnte entweder von dem allgemeinen Wesen und Begriffe des Rechts ausgehen und durch dessen Entwicklung rein speculativ und apriorisch zu dem Begriffe des Besitzes gelangen; oder kann man umgekehrt von der äußern Erscheinung des Besitzes in der Erfahrung ausgehen, und von da aus durch die innere Dialektik dieser Erscheinung selbst zu dem eigentlichen Begriffe des Besitzes und seinem Zusammenhange mit dem allgemeinen Wesen des Rechts hinführen. In einem Systeme der Rechtsphilosophie würde natürlich der erste Weg verfolgt werden müssen; da er indessen einen bestimmten Standpunkt der allgemeinen Rechtsauffassung überhaupt voraussetzt und ohne dessen Annahme zu keinem rechten Beweise hinführt, so muß hier die an die gewöhnliche Darstellung sich anschließende zweite Methode vorgezogen werden.

Diesemnach muß der Sachenbesitz und bei diesem der Begriff der Detention oder Innehabung den Ausgangspunkt für die ganze Untersuchung bilden. Die Detention ist die unmittel-

barste, greifbarste Form, in der der Begriff des Besitzes im Leben und in der Wirklichkeit auftritt, sie bildet daher den unmittelbarsten Anhalt, von welchem aus man zu dem in ihr sich aussprechenden Begriffe des Besitzes zu gelangen hat. Die erste Frage ist daher, was ist Detention? Allgemein geht die Antwort in der Theorie wie in den Gesetzbüchern dahin, sie sei das rein physische, körperliche, von allem Willen abstrahirte Gewaltverhältniß einer Person über eine Sache, also die rein physische, factische Möglichkeit, ausschließlich über eine Sache zu verfügen, d. h. selbst beliebig auf sie einzuwirken und fremde Einwirkung auszuschließen. Allein es ist sehr zu bezweifeln, ob dieser Begriff innere logische Wahrheit habe. Innehaben, detinere, ist wesentlich ein Begriff, der auf einer Thätigkeit des habenden Subjects gegen das gehabte Object beruht, der also wesentlich eine psychische Betheiligung des Subjects voraussetzt. Man kann auf einer Sache stehen, liegen, sitzen ohne alle psychische Betheiligung, allein haben, halten, kann man eine Sache nur, wenn man in irgend einer Weise den Willen dazu hat. Ein Wahnsinniger, ein Kind können detiniren, weil sie einen Willen, wenn auch nicht rechtsgiltig, doch wenigstens rein psychisch haben können, ja selbst bei einem Schlafenden läßt sich wenigstens eine psychische Reflexaction, und insofern eine Art Wille und Innhabung denken; dagegen bei völliger Beseitigung alles und jeden Willens noch von Detention zu sprechen, ist geradezu widersinnig und sprachwidrig. Wenn ich zufällig auf der Straße allein vor einem offenen aber leeren Hause stehen bleibe, so habe ich physisch, factisch, die Möglichkeit der ausschließlichen Verfügung über dasselbe, allein es wäre wahnsinnig, mich Inhaber des Hauses zu nennen. Das oben S. 437 erwähnte Bedenken gegen die Definition des Preuß. L.R. von Detention, daß danach Jeder, der mit einer Art allein durch

einen Wald geht, Inhaber des Waldes sei, ist unabweisbar, trifft aber die übrigen Gesetzbücher und Savigny's Theorie gerade ebenso. Das bloße physische Gewaltverhältniß darf also juristisch überhaupt gar nicht als ein selbstständiger Begriff hingestellt werden, sondern kann juristisch überhaupt immer nur dann in Betracht kommen, wenn ein Wille damit verbunden ist, und es so neben dem Willen einen Bestandtheil von Detention und Besitz bildet. Der Unterschied von Detention und Besitz kann also nicht in das Dasein oder Nichtdasein des Willens überhaupt, sondern nur in die Art und Beschaffenheit des Willens gesetzt werden, und es ist nur die Frage, auf welche Weise der Wille diesen Unterschied begründe.

Im allgemeinen sind es zwei Rücksichten, aus denen jene Unterscheidung hervorgeht, zunächst und hauptsächlich die auf den Inhalt und die Richtung des Willens, ob man für sich selbst und im eigenen Namen detinirt, oder ob nur für einen Andern, als dessen Stellvertreter; außerdem die auf die rechtliche Beschaffenheit des Willens, ob er rechtliche Anerkennung hat oder nicht. Beide Rücksichten sind näher zu bestimmen.

1) Wer für sich detinirt, ist Besitzer, wer für einen Andern detinirt, ist blos Detentor. Was heißt nun für sich oder für einen Andern detiniren? Die beiden Extreme sind außer Zweifel, daß nämlich Der, welcher als Eigenthümer oder wie ein Eigenthümer detiniren will, für sich detiniren will; und auf der andern Seite, daß wer nur in fremdem Interesse, also als Procurator, Dienstbote, Depositar u. s. w. detinirt, nicht für sich detinirt. Dazwischen liegt nun aber die Masse von Fällen, wo man aus persönlichem oder dinglichem Rechte in eigenem Interesse, aber unter Anerkennung fremden Eigenthums detinirt, und es daher zweifelhaft ist, ob man hier als für sich oder für den Eigenthümer detinirend anzusehen ist. Das

Römische Recht unterscheidet und stellt einzelne Fälle zum Besitze, andere zur Detention, die neuern Rechte behandeln sie dagegen alle gleich, stellen sie entweder alle zur Detention oder alle zum Besitz, wenigstens als unvollständigen Besitz; es frägt sich also, was die innere Nothwendigkeit des Begriffes selbst giebt. Wenn die Detention ihrer physischen Seite nach in der Möglichkeit besteht, beliebig, also auf jede Weise, auf die Sache einzuwirken und fremde Einwirkung auszuschließen, so ist es eine natürliche Consequenz, daß nur Derjenige vollständig als für sich detinirend angesehen werden kann, bei dem der Inhalt des Willens dem Factum der Detention vollständig entspricht, der also den Willen hat, durch die Detention sich selber diese Möglichkeit der beliebigen ausschließlichen Einwirkung zu verschaffen, also nur Der, der den Willen hat, jede mögliche Einwirkung auf die Sache, sobald sie ihm beliebt, vorzunehmen, und jede fremde Einwirkung, sobald sie ihm nicht gefällt, auszuschließen. Wenigstens im allgemeinen muß er diesen Willen haben, denn daß er ihn in einzelnen Beziehungen beschränkt hat, weil einzelne Einwirkungen gesetzlich verboten sind, oder er bestimmten einzelnen Personen bestimmte einzelne, wenn auch weit gehende, Einwirkungen rechtlich eingeräumt hat, hebt natürlich im allgemeinen den Charakter seines Willens nicht auf. Wer dagegen bei der Detention von vorn herein nur den Willen hat, sich bestimmte einzelne, wenn auch weit gehende, Einwirkungen möglich zu machen, im Uebrigen aber einem Andern die Möglichkeit der Einwirkung offen halten will, der detinirt, wenn seine Einwirkungen auch noch so weit gehen, doch immer nicht vollständig für sich, ist wenigstens bis auf einen gewissen Grad stets Stellvertreter fremden Besitzes. Dabei muß man aber, um zunächst ein festes Princip zu bekommen, durchaus streng consequent sein, und darf sich bei der Unter-

scheidung nicht durch Aehnlichkeiten im praktischen Resultate irre machen lassen. Nur wer sich ausnahmslos jede Einwirkung, bis zur Verschlechterung und Zerstörung, wenigstens im allgemeinen möglich machen will, detinirt vollständig für sich; und man bleibt daher Stellvertreter fremden Besitzes, wenn die einzelnen Einwirkungen, deretwegen man detinirt, auch noch so weit gehen, die Einwirkungen des eigentlichen Besitzers dadurch noch so weit beschränkt werden, und im praktischen Resultate die Einwirkungen des Detentors viel bedeutender und wichtiger, als die des eigentlichen Besitzers erscheinen.

Wenn man sich diese Verhältnisse klar gemacht hat, so versteht es sich ganz von selbst, daß nur Derjenige, welcher, wenn auch nicht gerade als wirklicher Eigenthümer, doch wenigstens vollständig wie ein Eigenthümer [1]), also insofern animo domini, detiniren will, vollständig für sich detinirt, also voller eigentlicher Besitzer ist; daß dagegen Jeder, der nur detinirt, um ein Recht an fremder Sache oder gar nur ein persönliches Recht auszuüben, wenigstens nicht vollständig für sich detinirt, wenigstens bis auf einen gewissen Grad fremden Besitz vertritt. Nur das Eigenthum schließt die vollständige unbeschränkte Herrschaft über die Sache und Einwirkung auf dieselbe in sich, alle Rechte an fremden Sachen haben als solche wesentlich nur einzelne Verfügungen und Einwirkungen auf die Sache zum Inhalte, die, wenn sie auch noch so weit gehen, doch nie zu der Allgemeinheit der Herrschaft des Eigenthümers über die Sache gelangen, namentlich nie auch die Verschlechte-

1) Die Beziehung auf das wirkliche Recht des Eigenthums ist natürlich unwesentlich. Da indessen factisch im Leben in der Regel Jeder, der wie ein Eigenthümer besitzen will, auch als Eigenthümer besitzen will, so läßt sich die Bestimmung des Oesterr. Gesetzb. und des Hess. Entw., welche „als seine" sagen, doch auch allenfalls rechtfertigen.

rung und Zerstörung der Sache mit in sich schließen. Daraus folgt aber von selbst, daß Niemand, der wegen eines solchen Rechtes detinirt, sofern er die Schranken seines Rechts nicht überschreiten will, den Willen hat, sich jede mögliche Einwirkung möglich zu machen, daß namentlich jedenfalls stets die Verschlechterung und Zerstörung der Sache ausgenommen sind, daß er daher stets wenigstens bis auf einen gewissen Grad Stellvertreter eines andern eigentlichen Besitzers ist, wenn er auch dessen Besitz eben durch die Ausübung seines Rechtes noch so sehr beschränkt. Dieses Verhältniß der Rechte an fremder Sache zum Eigenthume in Betreff des Besitzes ist aber im allgemeinen bei allen diesen Rechten, Nießbrauch, Pfand, Emphyteuse, Superficies, Lehn u. s. w. ganz das Gleiche. Nur insofern man bei einzelnen derselben von einem Unter-Eigenthume redet, ließe sich dem entsprechend auch von einem Unter- oder abgeleiteten Besitze reden, allein durchaus nur eben so uneigentlich wie dort. Denn im Uebrigen ist es wirklich unbegreiflich, wie man die große Ausdehnung der Emphyteuse, Superficies und ähnlicher Rechte, daß sie „der That nach" dem Berechtigten eine viel größere Einwirkung auf die Sache verschaffen, als dem Eigenthümer selbst, ja daß sie dessen Einwirkung „fast" ganz ausschließen, zu dem Beweise hat benutzen wollen, daß der Emphyteuta vollständig für sich besitze. Eben so gut könnte man damit beweisen, daß er vollständiger Eigenthümer sei. Man zeigt dadurch nur die Unfähigkeit, bei ähnlichen praktischen Resultaten die principielle Verschiedenheit festzuhalten.

Es steht also fest, daß wenigstens vollständig als für sich detinirend, und daher als eigentlicher Besitzer nur Der angesehen werden könne, welcher animo domini besitzt. Es ist nun noch zu fragen, ob die wegen Rechts an fremder Sache Detinirenden, da sie doch wenigstens bis auf einen gewissen Grad

sich selber die Einwirkung auf die Sache möglich machen wollen, nicht wenigstens der Theorie des Preuß. L.R. zufolge als „unvollständige Besitzer" aufgefaßt werden müssen. Auch dieses ist aber zu verwerfen. Man darf sich das Verhältniß der Detention bei Rechten an fremder Sache zu der beim Eigenthume nicht so denken, als ob hier die verschiedenen Einwirkungen, die man sich selber und die man dem Eigenthümer möglich machen wolle, also das für sich und für den Andern besitzen, einfach zwischen dem Eigenthümer und dem Fremden getheilt wären; sondern der Natur dieser Rechte zufolge darf das Verhältniß nur so gedacht werden, daß der Fremde an sich und im allgemeinen ganz vollständig für den Eigenthümer besitzt, und die Beziehung der Detention auf ihn selbst nur eine besondere, dem Umfang und Charakter seines Rechtes entsprechende, Beschränkung des allgemeinen Besitzes des Eigenthümers ist. Es folgt das nothwendig aus der Natur der Rechte an fremder Sache. Wenn man diese nicht als eine Theilung des Eigenthums nach seinen verschiedenen Befugnissen auffaßt, sondern so, daß sie das Eigenthum an sich und im allgemeinen lassen, und nur ausnahmsweise für den Berechtigten, resp. seine universalen oder selbst singularen Nachfolger, die Berechtigung, das Eigenthum zu beschränken, begründen, so versteht es sich von selbst, daß bei der Detention der Sache zum Zwecke der Ausübung eines solchen Rechtes der Wille des Berechtigten, wenn er sein Recht nicht überschreiten will, zu dem Besitze des Eigenthümers nothwendig in dem vorhin bezeichneten Verhältnisse stehen muß. Ist aber dieses, so gehört seine Detention, wie unten näher zu zeigen ist, auch durchaus nur zu dem Begriffe des Besitzes der Rechte, darf aber nicht als unvollständiger Besitz der Sache neben den Besitz des Rechtes und den vollständigen Besitz des Eigenthümers gesetzt werden. Der Einwand von Suarez

beim Preuß. L.R., daß bei einer solchen Detention doch nicht blos eine Beziehung auf das Recht, sondern auch auf die Sache selbst stattfinde, erledigt sich von selbst, sobald man sich die Natur des Besitzes der Rechte klarer macht, als im Preuß. L.R. geschehen ist.

Daß, wenn die aus dinglichem Rechte Detinirenden nicht einmal als Besitzer für sich angesehen werden können, dieses noch viel weniger bei den aus nur persönlichem Rechte Detinirenden der Fall sein könne, versteht sich von selbst. Eben so wenig wird das einer längern Ausführung bedürfen, daß bei allen Rechtsverhältnissen, bei denen des mangelnden animus domini wegen an sich kein Besitz möglich ist, derselbe auch nicht durch besondere Uebereinkunft entstehen kann, da eine solche Uebereinkunft stets einen directen Widerspruch in sich enthalten würde.

Somit ist das Resultat, daß der Unterschied zwischen den verschiedenen Detentoren, der aus dem Inhalte ihres Willens hervorgeht, dahin zu bestimmen ist, daß nur Der, welcher animo domini detinirt, für sich detinirt, alle Andern aber nur Stellvertreter seines Besitzes sind, wenn auch unter Besitz eines Rechtes an der Sache, daß somit eigentlicher wirklicher Besitzer nur Der ist, der animo domini besitzt.

2) Der zweite Grund, aus welchem eine Verschiedenheit zwischen den Detentoren hervorgehen kann, ist die rechtliche Geltung des Willens des Detentors. Es ist hier die zweifache Frage, zunächst, ob diejenigen Detentoren, denen rechtlich die Willensfähigkeit abgesprochen ist, also namentlich Kinder und Wahnsinnige, rechtlich auch nicht als Besitzer angesehen werden können; und dann, ob die Gesetzwidrigkeit des Willens ein Grund sei, Detention rechtlich nicht als Besitz anzusehen.

Die erste Frage wird von den positiven Rechten allgemein

bejaht, allein sowohl die Natürlichkeit als die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung ist doch sehr in Zweifel zu ziehen. Denn wenn ein Kind auch keinen Begriff von Eigenthum hat, so hat es doch sehr wohl den Begriff von rein factischer Herrschaft über eine Sache, und nur auf diese kommt es beim Besitze an. Erkennt man beim Kinde auch nicht einmal diese Fähigkeit an, so ist ja die Folge, daß wenn man einem Kinde in Abwesenheit der Aeltern oder Vormünder etwas schenkt, jeder Dritte es ihm, ohne Unrecht zu thun, mit Gewalt wegnehmen kann!

Die zweite Frage wird von den positiven Rechten verschieden beantwortet. Auf den Rechtsgrund des Besitzes legen zwar Alle kein Gewicht, allein bei s. g. fehlerhafter Erwerbung des Besitzes nehmen zwar das Römische und Französische Recht vollen wirklichen Besitz an, das Römische nur keine possessio civilis, dagegen erklärt das Oesterreichische Recht solchen Besitz für „unecht", und das Preußische sogar nur für Inhabung. Dies ist offenbar verkehrt. Das Wort Besitz ist kein Ehrentitel für ein besonders gesetzmäßiges Verhältniß, sondern bedeutet seiner Etymologie und seinem allgemeinen Sprachgebrauche nach nur das rein factische Sitzen, Haben, Halten u. s. w. Wie dieses entstanden sei, ist dabei gleichgültig. Somit kann man zwar den auf jene Weise erlangten Besitz durch den Beisatz „fehlerhaft, unrecht, rechtswidrig, gesetzwidrig" brandmarken, und allenfalls auch vom Schutze des Besitzes ausschließen; allein es ist gegen Verstand und Sprachgebrauch, dem was einmal ist seinen natürlichen Namen ganz zu verweigern, oder einen Beisatz zu geben, der sein Dasein an sich läugnet.

Das Resultat der ganzen bisherigen Ausführung ist, daß das äußere physische Gewaltverhältniß einer Person über eine Sache nur dann, wenn es von ihr gewollt wird, als Inhabung aufgefaßt werden kann; daß die Inhabung, je nachdem man

sie für sich, d. h. vollständig wie ein Eigenthümer, oder für einen Andern, wenn auch unter Besitz eines Rechtes an der Sache, haben will, entweder eigener Besitz, oder Stellvertretung fremden Besitzes ist; daß dieser Unterschied auch als eigentlicher Besitz und bloße Inhabung bezeichnet werden kann; daß endlich zur bloßen Inhabung allenfalls auch die Inhabung der rechtlich Willensunfähigen gerechnet werden kann. Es ist jetzt noch das Verhältniß des Besitzes zum Eigenthume im allgemeinen zu bestimmen. Man hat gesagt, der Besitz sei die Ausübung des Eigenthums. Allein wenn das Eigenthum das Recht oder die rechtliche Möglichkeit ist, ausschließlich auf eine Sache nach Willkür einzuwirken, wie kann dann die bloße factische Möglichkeit dieser Einwirkung, die ja den Begriff des Besitzes bildet, die Ausübung des Rechtes sein! Nicht einmal die Voraussetzung der Ausübung ist sie; denn abgesehen von Anderem kann man ja z. B. eine Sache, die Einem gehört aber in fremdem Besitze ist, zerstören, und damit sein Eigenthum ausüben. Nur so viel kann man sagen, daß der Besitz eine Ausübung des Eigenthums neben anderen ist, nämlich insofern das Ergreifen und Festhalten der Möglichkeit der ausschließlichen Einwirkung auf die Sache immer selbst schon eine Art Einwirkung auf dieselbe ist. Indessen kann diese an sich unbedeutende Beziehung natürlich nicht die Hauptrücksicht bei der Charakterisirung des Verhältnisses bilden. Diese kann vielmehr lediglich darin gesucht werden, daß das Eigenthum das Recht, die rechtliche Möglichkeit, der ausschließlichen beliebigen Einwirkung auf die Sache ist, der Besitz dagegen die factische Möglichkeit; das Eigenthum ist die rechtliche ausschließliche Herrschaft der Person über die Sache, der Besitz die factische ausschließliche Herrschaft. Da aber alle Herrschaft, rechtliche wie factische, den Willen zu ihrem eigentlichen Mittel- und

Ausgangspunkte hat, so gestaltet sich das Verhältniß so, daß der Wille der Person, die Sache ausschließlich zu beherrschen, wenn er die volle rechtliche Anerkennung und Geltung hat, Eigenthum ist, wenn er zum physischen thatsächlichen Verhältniß geworden ist, Besitz ist. Insofern ist denn also der Besitz die dem Rechte des Eigenthums entsprechende factische Herrschaft der Person über die Sache.

§. 56.

Besitz der Rechte.

Um auch hier einen ähnlichen Weg wie beim Sachenbesitze einzuschlagen, muß von der Betrachtung des Servitutenbesitzes ausgegangen werden. Worin besteht dieser? Man sagt, in der Ausübung der Servitut. Das ist aber eben so falsch, als wenn man den Sachenbesitz für die Ausübung des Eigenthums erklärt. Nur zum Erwerbe des Besitzes verlangen die positiven Rechte die Ausübung [1]; ist der Besitz einmal durch Ausübung erworben, so dauert er so lange fort, als der Wille und die factische Möglichkeit, die Ausübung stets nach Belieben zu wiederholen, fortdauern. Die positiven Rechte haben aber hier offenbar ganz den richtigen Standpunkt. Wie der Sachenbesitz nicht in der wirklichen Einwirkung auf die Sache, sondern nur in der Möglichkeit der beliebigen Einwirkung besteht, gerade so besteht der Besitz der Rechte nicht in der wirklichen Ausübung, sondern nur in der factischen Möglichkeit der beliebigen Ausübung; und eben nur weil das Dasein dieser Möglichkeit stets erst in der wirklichen Ausübung thatsächlich hervortritt, wird zum Erwerbe

1) Das Römische Recht sagt: usus juris est pro *traditione possessionis*, nicht usus est pro possessione. Vgl. oben S. 79. 80.

wirkliche Ausübung gefordert. Nur bei einigen Servituten, nämlich denen, die positiv oder negativ auf das Haben von dauernden Vorrichtungen gehen, fällt die Möglichkeit der Ausübung von selbst mit der wirklichen Ausübung zusammen. Bei den andern genügt die volle factische Möglichkeit der Ausübung, weshalb denn unter Umständen selbst schon eine förmliche Besitzeinweisung die wirkliche Ausübung ersetzen kann. Besteht nun aber der Besitz der Servitut in der Möglichkeit der Ausübung, so ergeben sich von selbst folgende weitere Bestimmungen. Die Servituten haben stets eine bestimmte beschränkte Herrschaft über die dienende Sache, also eine bestimmte Einwirkung auf dieselbe, eine bestimmte Verfügung über sie, zum Inhalte, sei es die positive, die Sache zu gebrauchen, oder etwas darauf zu thun oder zu haben, sei es die negative, verbieten zu können, daß etwas darauf geschehe oder sei. Die Ausübung der Servitut besteht also stets in einer wirklichen Einwirkung auf die Sache, einer wirklichen Verfügung über sie. Die factische Möglichkeit der Ausübung oder der Besitz der Servitut ist also nichts Anderes, als die factische Möglichkeit, auf eine bestimmte beschränkte Weise nach Belieben auf eine Sache einzuwirken, und insoweit fremde Einwirkung auszuschließen. Gerade in der Möglichkeit der ausschließlichen Einwirkung auf eine Sache besteht nun aber auch der Sachenbesitz, nur mit dem Unterschiede, daß die Einwirkung bei ihm nicht eine bestimmte beschränkte, sondern wesentlich die allgemeine unbeschränkte ist. Somit ist es also an sich ein Begriff, der dem Sachen- und dem Servitutenbesitze gleichmäßig zu Grunde liegt, nämlich die factische Möglichkeit der Einwirkung auf eine Sache; der Unterschied liegt nur in dem Unterschiede des Allgemeinen und des Beschränkten, und wie der Sachenbesitz die dem vollen Rechte über die Sache entsprechende volle factische Herrschaft über

dieselbe ist, so ist der Servitutenbesitz die dem beschränkten Rechte entsprechende beschränkte factische Herrschaft über die Sache. Ist aber dieses, so ist damit von selbst gegeben, daß ebenso wie bei der rechtlichen Herrschaft Eigenthum und Servituten einfach coordinirten Unterarten des allgemeinen Begriffes des Sachenrechtes sind, ebenso auch bei der factischen Herrschaft oder dem Besitze der Sachen- und der Servitutenbesitz coordinirte Unterarten eines Gesammtbegriffes sind. Die Anwendung des Besitzbegriffes auf die Servituten kann daher durchaus nicht als eine uneigentliche analoge Uebertragung eines eigentlich gar nicht dahin gehörigen Begriffes aufgefaßt werden, sondern lediglich als die durchaus consequente Anwendung eines allgemeinen Begriffes auf einen einzelnen Fall. Nur insofern das Wort „Besitz" seiner Etymologie nach eigentlich nicht jede, sondern nur die volle factische Herrschaft bezeichnet, kann von einer uneigentlichen Anwendung dieses Wortes, nicht des Begriffes, die Rede sein.

Die Erkenntniß dieser innern Gleichartigkeit des Sachen- und Servitutenbesitzes ist wohl nur dadurch immer verhindert, daß dem Sprachgebrauche nach der Unterschied zwischen beiden nicht in dem Umfange, sondern in dem Gegenstande des Besitzes zu liegen scheint, weil dort die körperliche Sache, hier das unkörperliche Recht als Gegenstand bezeichnet wird. Allein dieses beruht lediglich auf einer allgemeineren, nur nicht gehörig beachteten, Eigenthümlichkeit des Sprachgebrauches, nämlich der, wonach die Vermögensbestandtheile in Sachen und Rechte eingetheilt werden, und die Servituten dabei zu den letztern gezählt werden. Der Sprachgebrauch wirft aus nahe liegenden Gründen bei der vollen Herrschaft über die Sache, der rechtlichen wie der factischen, das Haben der Herrschaft mit dem Haben der Sache selbst zusammen, bei der beschränkten dagegen nicht.

Man sagt schlechthin „eine Sache haben, erwerben, veräußern", oder „meine Sachen und meine Rechte", und meint damit nichts Anderes als „die volle Herrschaft, das Eigenthum, über eine Sache haben, erwerben" oder „mein Eigenthum und meine anderen Rechte." Bei der beschränkten Herrschaft der Servituten ist das nicht; denn eben weil die Herrschaft und das Haben hier ein beschränktes ist, daher auch einen sehr verschiedenen Inhalt haben kann, ist es nöthig, hier stets die Art der Herrschaft bestimmt hervorzuheben. Dadurch kommt es denn, daß obgleich auch hier eigentlich die Sache selbst der Gegenstand des Willens, der Herrschaft und des Rechtes ist, dennoch hier zunächst der concrete Inhalt oder die concrete Art der Herrschaft in ihrer Unkörperlichkeit als Gegenstand erscheint, und die Sache selbst erst mittelbar, daß also die Verschiedenheit der Art der Herrschaft scheinbar zu einer Verschiedenheit des Objectes derselben wird. Man sagt also mit scheinbarer Verschiedenheit des Objectes: „eine Sache und eine Servitut haben", während man nichts Anderes meint, als „die volle Herrschaft über eine Sache haben" und „die beschränkte Herrschaft über eine Sache haben, sie benützen, darüber gehen zu dürfen u. s. w." Diesem ganz entsprechend ist nun auch der Sprachgebrauch bei der factischen Herrschaft oder dem Besitze. Indem der Begriff Besitz über die etymologische Bedeutung des Wortes Besitz hinaus zu dem allgemeinen Begriffe der factischen Herrschaft erweitert ist, sagt man auf der einen Seite gleichbedeutend: „ich bin im vollen Besitze der Sache", oder „im Besitze der vollen Herrschaft über die Sache", oder schlechthin „im Besitze der Sache"; und auf der andern: „ich bin in einem beschränkten servitutenmäßigen Besitze der Sache" oder „im Besitze einer bestimmten servitutenmäßigen Herrschaft über die Sache" oder schlechthin „im Besitze einer Servitut an der Sache." Ebenso

wie beim Rechte der Unterschied des Umfanges des Rechtes an der Sache scheinbar zu einem Unterschiede des Gegenstandes des Rechtes wird, wird auch hier der Unterschied des Umfanges der factischen Herrschaft oder des Besitzes scheinbar zu einem Unterschiede des Gegenstandes des Besitzes.

Nach dieser Feststellung der eigentlichen Natur des Servitutenbesitzes läßt sich nun auch die Frage, bei welchen andern Rechten außer den Servituten ein Besitz möglich ist, auf eine bestimmte principmäßige Weise beantworten. Nimmt man zunächst die übrigen dinglichen Rechte, so versteht es sich von selbst, daß bei allen andern dinglichen Nutzungsrechten außer den Servituten, also Emphyteuse, Superficies, Lehn, Erbpacht u. s. w. ein Besitz eben so wohl als bei den Servituten möglich ist. Dagegen ist beim Pfandrechte, abgesehen vom Faustpfande, die Annahme des Besitzes durch die Natur des Pfandrechtes ausgeschlossen. Denn das Pfandrecht, als das Recht auf den Werth einer Sache, (oder genauer genommen das Recht an einer Sache, nicht sofern sie natürliche Substanz, sondern sofern sie Object von einem bestimmten Werthe, der durch den Verkauf in Geld gewonnen werden kann, ist,) hat als solches nur eine einzige wirkliche eigentliche Ausübung, nämlich den Verkauf der Sache, und hört mit dieser wesentlich auf. Bei einem solchen Rechte kann von einem Besitze keine Rede sein, da die factische Möglichkeit der beliebigen Ausübung eines bestimmten Rechts an der Sache, oder der beliebigen bestimmten Einwirkung auf die Sache, erst mit der wirklichen Ausübung, der wirklichen Einwirkung, als äußeres thatsächliches Verhältniß hervortritt, somit ein Recht voraussetzt, das eine dauernde oder wenigstens sich wiederholende Ausübung zum Inhalte hat. Eben deshalb ist denn auch beim Faustpfande wieder ein Besitz möglich. Denn bei diesem ist mit dem Rechte

auf den Werth der Sache zugleich ein dingliches Retentionsrecht verbunden, dieses aber läßt natürlich eine fortdauernde Ausübung und somit auch einen Besitz zu [1]).

Zweifelhafter ist die Annahme des Besitzes bei den andern Rechten außer den dinglichen. Wenn man indessen daran festhält, daß das Allgemeine, das Wesentliche, im Begriffe des Besitzes bei Sachenrechten nichts Anderes ist, als daß er die einem Rechte entsprechende factische Herrschaft eines Rechtssubjectes über ein Rechtsobject ist, so läßt sich doch auch hier eine bestimmte Entscheidung finden. So viel versteht sich natürlich zunächst von selbst, daß jeder anderweitige Besitz stets nur in die Kategorie des Besitzes von Rechten und unter die Analogie des Servitutenbesitzes, nicht des Sachenbesitzes, gehören kann. Denn außer den Sachen können nur noch Personen den Gegenstand rechtlicher Herrschaft bilden, und bei diesen ist, die Verwerfung der Sclaverei vorausgesetzt, eben ihrer Persönlichkeit wegen nie eine vollständige Herrschaft wie über Sachen möglich, sondern immer nur eine beschränkte, entweder eine vermögensrechtliche, wie bei den Obligationen, oder eine personenrechtliche, wie in der Familie und im Staate.

Man hat den Besitz von Obligationen für eine „völlige Absurdität" erklärt, weil das Object des Rechtes hier der verpflichtete Wille des Schuldners sei, und dieser, da „dessen

1) Die wahre Begründung des Besitzes des Faustpfandgläubigers muß also vom Standpunkte der juris possessio aus geschehen. Es ist unbegreiflich, wie man ihm aus innern Gründen einen Besitz der Sache hat zusprechen wollen. Wie kann man sagen, daß er, der die Sache nicht gebrauchen will, der noch weniger sich eine Befugniß zu Veränderungen ihrer Substanz anmaßt, sondern sie lediglich detiniren will, um sich den Verkauf möglich und dem Schuldner die nachtheilige Einwirkung auf die Sache unmöglich zu machen, den Willen habe, vollständig für sich die factische Herrschaft, also die Möglichkeit der beliebigen Einwirkung zu haben.

Wesen Freiheit sei, nicht besessen werden" könne. Allein es ist das ein sonderbarer Grund; denn wenn diese Freiheit nicht verhindert, daß man eine rechtliche Herrschaft über den Willen habe, so kann sie natürlich auch einer factischen Herrschaft, wenn diese nur sonst überhaupt an sich möglich ist, nicht im Wege stehen. Die Frage ist daher lediglich die, ob eine factische Herrschaft über einen verpflichteten Willen überhaupt denkbar sei. Hier versteht es sich nun von selbst, daß diese factische Herrschaft nicht darin bestehen kann, daß der Gläubiger unmittelbar gegen die Person des Schuldners, wie bei Sachenrechten gegen die Sache, irgend etwas vornehmen könnte, sondern sie kann jedenfalls nur in der Möglichkeit bestehen, über dessen Willen der Obligation entsprechend nach Belieben verfügen zu können, also obligatorische Leistungen nach Belieben einziehen zu können. In dieser Weise steht dagegen der Annahme einer factischen Herrschaft und somit auch der Anwendung des Besitzbegriffes im allgemeinen kein Hinderniß im Wege. Daß der Wille des Schuldners etwas Unkörperliches ist, bewirkt, sobald man sich von der etymologischen Bedeutung des Wortes Besitz frei macht, nicht, daß der Besitz hier nur uneigentlich stattfände, sondern nur, daß er hier anders als bei Servituten, in einer selbstständigen der Natur des Rechts entsprechenden Weise, sich gestalten und aufgefaßt werden muß. Namentlich wird hier zunächst dadurch eine große Beschränkung der Anwendung des Besitzes bewirkt, daß der Besitz, wie oben beim Pfandrechte gezeigt ist, ein Recht voraussetzt, welches nicht mit der Ausübung erlischt, sondern auf eine fortdauernde oder sich wiederholende Ausübung geht. Alle Obligationen auf eine einmalige Leistung werden dadurch ausgeschlossen. Dagegen kann aber bei einem dauernden auf sich wiederholende Leistungen gerichteten Obligationsverhältnisse der Schuldner durch wirkliche

Leistung allerdings ganz wohl eine thatsächliche Anerkennung seiner allgemeinen Verpflichtung und Unterwerfung zeigen, und damit denn auch den Gläubiger in die factische Möglichkeit der beliebigen Ausübung seines Rechtes und somit in den Besitz desselben setzen. Denn wenn bei einer solchen Verpflichtung, also z. B. einer Zehntverpflichtung, der Pflichtige die einzelne Leistung wirklich als einzelne Leistung einer allgemeinen Pflichtigkeit vornimmt, so ist damit dem Berechtigten die Möglichkeit der beliebigen weitern Ausübung des Rechtes thatsächlich eingeräumt; allerdings kann der Pflichtige schon die nächste Zahlung wieder verweigern, und damit den Besitz wieder aufheben, allein eine solche Weigerung kann dann nur als eine Aufhebung eines bereits thatsächlich begründeten Verhältnisses angesehen werden, ebenso wie auch bei unständigen Servituten der dienende Eigenthümer stets die neue Ausübung der Servitut verhindern kann. Indessen ist dabei das Erforderniß der Einheit der Obligation mit wiederkehrender Leistung durchaus streng zu nehmen, und es müssen deshalb nicht nur alle Obligationen auf einmalige Leistung, sondern überhaupt alle Obligationen des reinen abstracten Obligationenrechts vom Besitze ausgeschlossen werden, und derselbe ganz auf die Obligationen beschränkt werden, die entweder an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft, oder dauernd auf Sachen, namentlich Immobilien, radicirt sind. Wenn Jemand einfach durch Vertrag oder Testament zu mehrfachen Leistungen, z. B. Capitalzinsen, Miethzinsen, verpflichtet ist, so kann hier nicht von einer Obligation mit wiederkehrender Ausübung gesprochen werden, sondern jede Leistung bildet hier eine selbstständige Obligation, in deren Erfüllung in keiner Weise die Anerkennung einer weitern Verpflichtung liegt, sondern deren Dasein hängt lediglich von dem an sich zufälligen fernern Dasein des Obligations-

grundes ab. Auch bei Commodat und Miethe kann man die fortgesetzte Benutzung der Sache nicht als die fortdauernde Ausübung einer Obligation, sondern nur als die sich stets erneuernde Ausübung einer sich stets erneuernden Obligation ansehen. Wenn dagegen eine Obligation auf ein Grundstück radicirt, oder an ein dauerndes personenrechtliches Verhältniß, z. B. Unterthanen-, Gemeinde-, Pfarrverhältniß geknüpft ist, so ziehen sich die einzelnen Leistungen zusammen in den allgemeinen Begriff der Belastung oder Pflichtigkeit des Grundstückes, oder der Unterthanen, Gemeindebürger, Pfarrkinder u. s. w. Der Gläubiger hat nun ein einziges Recht gegen die Sache oder die Person, von welchem die einzelnen Leistungen wirklich nur die einzelnen Ausübungen sind. Lediglich in dieser Concentration der einzelnen Leistungen zu einem allgemeinen Rechte liegt aber der Grund, warum bei Obligationen durch dingliche oder personenrechtliche Radicirung die Möglichkeit eines Besitzes entsteht, und darum ist sie denn auch in beiden Fällen ganz gleichmäßig anzunehmen; die Beschränkung auf die dingliche Radicirung geht lediglich aus einer unklaren Auffassung des Verhältnisses vom Besitze der Sachen und Rechte hervor [1]. Ob übrigens die Rechte rein privatrechtlicher Natur sind, oder in das öffentliche Recht gehören, kann nicht den geringsten Unterschied begründen.

Um sich die Anwendung des Besitzes auf die Personenrechte klar zu machen, hat man sich zunächst den Unterschied derselben von den Vermögensrechten, den Sachen und Forde-

1) Darum würde in dem oben S. 422. N. 2 angeführten Urtheile des O.A.Ger. in Cassel die Annahme des Besitzes bei den Besoldungen der Staatsdiener passender auf das dabei zu Grunde liegende personenrechtliche Verhältniß der Staatsdiener, als auf die dingliche Radicirung gestützt sein. Vgl. ob. S. 279 f. A. 372. N. 4.

rungen in's Gedächtniß zu rufen. Die Vermögensrechte haben die Herrschaft der Person über die äußere Natur und andere Menschen in der Weise zum Gegenstande, daß dieselben zusammen die dem Willen der Person schlechthin unterworfene äußere Macht, ihr äußeres Vermögen bilden, was aber natürlich in Betreff anderer Menschen ihrer Persönlichkeit wegen nur durch Verpflichtung ihres Willens möglich ist. Die Personenrechte dagegen haben die eigene persönliche Existenz nebst der dazu gehörigen persönlichen Stellung in den durch die natürliche und sociale Organisation der Menschheit begründeten Kreisen der Familie, der Gemeinde, des Staates, der Kirche u. s. w. zum Gegenstande. Der Gegenstand des Willens und des Rechtes ist also hier nur die eigene Person und andere Personen; und dabei ist die Art der Beziehung des Willens auf denselben, und somit der Inhalt des Rechtes, ein wesentlich anderer, als bei den Vermögensrechten. Während es dort ein Haben des Gegenstandes als eines einfach unterworfenen ist, ist es hier ein Sein, ein Zustand der Person: man will zunächst für sich das sein, und zwar rechtlich sein, was man an sich von selbst ist, nämlich Person, und will dann in den bestimmten Kreisen der Familie, Gemeinde u. s. w. rechtlich Mitglied und Genosse der Uebrigen sein, will also zu ihnen in dem bestimmten, der Organisation des Kreises entsprechenden, neben- oder übergeordneten Verhältnisse stehen. Eine rechtliche Herrschaft findet also auch hier statt, ohne diese giebt es ja überhaupt gar kein Recht, sie ist nur hier eine andere als bei den Vermögensrechten. Man hat zunächst die Herrschaft über sich selbst [1]), und dann die gegen Andere, ihr

1) Dieses Recht des Menschen über sich selbst wird häufig mißverstanden. Es ist kein Recht des Geistes über den Körper; denn der Mensch ist organisches Individuum, und kann nicht anders Object sein, als er Subject ist; es ist vielmehr nur das Recht, das zu sein, was man an sich ist, nämlich Person.

Genosse zu sein, entweder einfach Nebengeordneter oder gar ihnen übergeordneter, als Hausvater, Regent, Guts- und Gerichtsherr, Bischof u. s. w. [1]) Die Frage über die Zulässigkeit des Besitzes bei diesen Rechten beantwortet sich hiernach auf folgende Weise. Es kann gar keine Rede davon sein, daß hier ein Besitz wie bei Sachen, Servituten und Obligationen stattfände; eben so wenig kann es aber einem Zweifel unterliegen, daß hier ein dem Rechte entsprechendes factisches Dasein einer bestimmten personenrechtlichen Stellung möglich ist, und damit auch eine dem Rechte entsprechende factische Möglichkeit der beliebigen Ausübung der in dem Rechte liegenden personenrechtlichen Herrschaft über sich oder über Andere. Damit aber ist der Begriff eines Besitzes der Personenrechte entschieden. Ja es fällt hier auch, da die Personenrechte stets auf dauernde Zustände mit wiederholter Ausübung gehen, die Beschränkung weg, die bei den Obligationen aus dem Mangel dieser Eigenschaft hervorging. Der Standpunkt des Canonischen Rechts und der Praxis bis zum XVIII. Jahrhunderte, auch bei Personenrechten Besitz anzunehmen, der auch in den allgemeinen

Das ist aber natürlich die nothwendige Grundlage aller weitern Rechte, nimmt man es dem Menschen, so nimmt man ihm von selbst alles Weitere. Nur gegen jene Trennung, die von Vangerow auf die Spitze getrieben ist, erklärt sich Hegel (Naturr. §. 70), der von Savigny (System, B. 1. S. 337) falsch verstanden ist.

1) Gar wunderlich ist die Ansicht von Savigny (System, B. 1. S. 348—350), daß die Gewalt des Familienvaters über die Kinder „nur unter dem Schutze der Sitte, nicht des Rechtes stehe", da es keine Klage auf Gehorsam gegen die Kinder gebe. Als ob das Recht des eigenen Zwanges, welches der Vater gegen die Kinder hat, und in welchem er, wenn er selbst nicht ausreicht, von der Obrigkeit unterstützt werden muß (l. 3. 4. 5. C. de patr. pot. l. 9. §. 3. D. de off. procons.), kein Schutz des Rechtes wäre! Da stände ja auch das Eigenthum an Thiere nur unter dem Schutze der Sitte; denn man hat auch keine Klage auf Gehorsam gegen sie, ja man erhält hier nicht einmal beim eigenen Zwange Hülfe von der Obrigkeit!

Sprachgebrauch übergegangen ist, ist demnach philosophisch durchaus zu billigen.

§. 57.

Der allgemeine Begriff des Besitzes.

Zieht man nun endlich aus der ganzen bisherigen Darstellung das Resultat für die allgemeine Bestimmung des Begriffes des Besitzes, so ist dieses folgendes. Der Besitz ist die dem Rechte entsprechende factische Herrschaft des Rechtssubjectes über das Rechtsobject. Besteht das Recht in einer absoluten Unterwerfung des Objects, was aber nur bei Sachen möglich ist, so heißt der Besitz ein Besitz des Objectes oder der Sache selbst, geht das Recht nur auf eine bestimmte beschränkte Unterwerfung, so heißt der Besitz ein Besitz des betreffenden Rechtes. Der Besitz an sich ist also ein ganz allgemeiner Begriff, der dem Rechte überhaupt correspondirt, und sich daher durch das ganze Rechtssystem hindurchzieht; jedem Rechte entspricht im allgemeinen ein bestimmtes Besitzverhältniß. Recht und Besitz selbst aber haben ihren gemeinsamen höhern Ausgangspunkt im Begriffe des Willens. Alles Recht besteht in der Herrschaft, der Macht, des individuellen Willens in der äußern Welt. Dieser Wille ist Besitz, wenn er zur That und zum thatsächlichen Verhältnisse wird, Recht, wenn er mit dem allgemeinen Willen im Einklange ist, und daher allgemeine, d. h. rechtliche, Geltung hat; er kann beides oder nur das eine oder das andere sein. Die Frage nach der Stellung des Besitzes im Systeme ist damit von selbst beantwortet. Da, wo im System der Begriff des subjectiven Rechtes im allgemeinen bestimmt wird, muß auch der ihm correspondirende Begriff des Besitzes im allgemeinen bestimmt werden. Im einzelnen ist dann jedesmal

bei dem einzelnen Rechte das ihm entsprechende Besitzverhältniß anzuführen, also beim Eigenthum der Sachenbesitz, bei den Servituten der Servitutenbesitz u. s. f.

§. 58.

Der Schutz des Besitzes. Princip.

Die Untersuchung hat auch hier den bisher eingeschlagenen Weg festzuhalten, von der kritischen Beurtheilung des Einzelnen auszugehen, und von da die allgemeinen Principien zu gewinnen. Die erste Frage ist daher, ob und warum der Besitz, und zwar zunächst der Sachenbesitz, gegen Gewalt, gewaltsame Störung und Entziehung, geschützt werden müsse. Empirische Zweckmäßigkeitsrücksichten zur Begründung eines solchen Schutzes anzuführen, würde nicht schwer halten. Allein damit ist wenig gewonnen bei einer Frage, wo die Wissenschaft entschieden innere juristische Nothwendigkeit aus der Natur des Besitzes selbst verlangt. Um diese aufzusuchen, bietet der Besitz in seinen beiden Bestandtheilen, dem Willen und dem physischen Gewaltverhältnisse, zunächst einen doppelten Ausgangspunkt dar, und beide sind auch zu diesem Zwecke benutzt. Indessen zeigt sich doch bald, daß der letztere Standpunkt zu keinem befriedigenden Resultate führt. Das physische Gewaltverhältniß rein als solches in seiner Getrenntheit vom Rechte ist ein einfacher factischer Zustand, der als solcher auch nicht den geringsten Grund zu einem rechtlichen Schutze in sich trägt. Er ist kein Recht, entsteht ohne alle Rücksicht auf ein Recht, und kann darum auch ohne Verletzung eines Rechtes genommen werden. Zwar hat man daraus einen Schutz für ihn ableiten wollen, daß man aus seinem Dasein eine Präsumtion für das Dasein eines Rechtes entnehmen könne, oder daß er doch manche recht-

liche Vortheile mit sich bringe, Freiheit vom Beweise, Möglichkeit einer Verjährung u. dgl., und deretwegen geschützt werden müsse, oder daß er doch ein Umstand sei, den bei gleicher Nichtberechtigung Zweier der Eine vor dem Andern voraus habe, und der ihm daher insofern relativ ein Recht gegen den Andern gebe. Allein es bedarf keines langen Beweises, daß diese Gründe ungenügend sind: die Präsumtion ist durchaus willkürlich; daß mit dem Factum Vortheile verknüpft sind, ist kein Grund, dasselbe, wo es ohne Recht ist, zu schützen; daß einer von zwei Nichtberechtigten das Factum des Besitzes vor dem andern voraus hat, macht nur, daß er ihm nicht zu weichen braucht, daß er es, wenn er es verloren, wieder bekommen müsse, folgt nicht daraus. Eben so unbefriedigend ist die Ansicht, daß das Factum, wenn es auch an sich keinen Rechtsschutz habe, doch wenigstens dann einen Anspruch darauf habe, wenn es durch eine Gewalt gegen die Person verletzt sei, weil jede Gewalt schon an sich unrecht sei, und zur vollständigen Aufhebung dieses Unrechts auch die Herstellung der gestörten rein factischen Zustände der verletzten Person gehöre. Dabei hat man die einfache logische Consequenz verkannt, daß die Aufhebung eines Unrechts nie weiter gehen kann als das Unrecht selbst, und daß das Unrecht nie weiter gehen kann, als der Gegensatz gegen das Recht. Auch die allervollständigste Aufhebung des Unrechts kann immer nur dahin gehen, dem Verletzten das zu erhalten oder wieder zu verschaffen, was unverletzt zu haben er in irgend einer Weise ein Recht hatte. Rein factische Zustände, auf deren Nichtverletzung er in keiner Weise ein Recht hatte, können, wenn sie verletzt sind, auch keinen Ersatzanspruch geben. Daß die Verletzung durch eine Gewalt gegen die Person geschieht, ändert daran nichts, da auch die Gewalt immer nur so weit ein Unrecht ist, und als solches

aufzuheben ist, als sie im Gegensatze zu einem Rechte steht, rechtswidrig, rechtsverletzend ist. So wird man z. B. auch, wenn man Jemanden Gewalt thut, um seine Feigheit an den Tag zu bringen, oder um zu zeigen, daß er absolut verbotene Sachen, Stockdegen, Windbüchsen u. dgl. hat, zwar wegen der Gewalt an sich verantwortlich, allein wegen der weitern rein factischen Folgen, nämlich des verlornen Rufes der Tapferkeit, oder der confiscirten Sachen kann der Verletzte nicht klagen, und sicherlich ist doch auch hier „in dem Zustande der Person etwas verändert zu ihrem Nachtheile.“ Wenn aber das bloße Verbot der Gewalt nicht hinreicht, um einen Schutz des Besitzes zu begründen, so wird dies auch dann nicht anders, wenn etwa die Gewalt zum Zwecke einer Selbsthülfe gebraucht sein sollte; denn auch die Selbsthülfe kann als öffentliches Vergehen an sich nur Strafe zur Folge haben, nicht aber dem, gegen den man sich geholfen, ein Recht auf den Besitz geben, welches er vorher nicht hatte.

Somit wird man von selbst dazu gedrängt, in dem andern Bestandtheile des Besitzes, dem Willen, den Grund des Besitzesschutzes zu suchen. Der Wille ist vermöge seiner Geistigkeit und Freiheit überhaupt die Grundlage und der Ausgang alles Rechts, somit ist also hier jedenfalls ein Boden, in welchem auch für das Besitzrecht ein Keim wenigstens möglich ist, und daher auch allein gesucht werden darf. Die Begründung könnte hier aber auf verschiedene Weise versucht werden. Man könnte zunächst davon ausgehen, daß der Wille vermöge seiner Freiheit das absolute Zueignungsrecht gegen die unfreie Natur hat, daß er daher, wenn er eine herrenlose Sache occupirt, das absolute Eigenthum daran erwirbt, wenn er aber eine bereits von einem Andern erworbene occupirt, zwar dessen Eigenthum nicht aufhebt, aber wenigstens relativ Andern gegenüber als Eigenthümer

derselben gelten müsse. Allein abgesehen davon, daß auf diese Weise gar kein eigentlicher Schutz des Besitzes als solchen im Gegensatze gegen das Recht entstände, sondern nur ein neues relatives Recht an der Sache neben dem absoluten, so ist auch die Grundidee verwerflich, daß die Occupation fremden Eigenthums nur relativ gegen den Eigenthümer Unrecht sei, und daher relativ gegen Andere ein Recht an der Sache begründen könne. Der Wille des Diebes und Räubers ist vielmehr ein absolut unrechtlicher, und kann daher gegen Niemanden ein Recht begründen, wie sich das namentlich bei der strafrechtlichen Behandlung des Diebstahls zur Genüge zeigt. Die Idee des relativen Eigenthums muß daher, was vielfach verkannt ist, von der Idee des Besitzesschutzes durchaus ferne gehalten werden, und dieser rein aus dem Begriffe des Besitzes im Gegensatze zu dem des Rechtes abgeleitet werden. Das Princip des Besitzesschutzes kann nicht das sein, daß der im Besitze ausgesprochene Wille ein Recht begründe, welches einfach neben den übrigen Rechten steht, sondern vielmehr nur das, daß der im Besitze realisirte Wille, obgleich er kein Recht begründet, sondern nur rein factisch, vielleicht im grellsten Widerspruche mit allem Rechte, da ist, dennoch der allgemeinen Natur des Willens zufolge geschützt werden müsse. Nur so kann man die Idee des Besitzes und seines Schutzes in ihrem eigenthümlichen Gegensatze zum Rechte und seinem Schutze richtig erfassen. Die Frage ist also nur die, ob sich denn auch in der allgemeinen Natur des Willens ein Grund zu einem solchen Schutze finde. Indessen kann darüber, wenn man irgend eine Idee von der rechtlichen Bedeutung des Willens und der Persönlichkeit hat, kaum ein Zweifel stattfinden. Der Wille ist an sich seinem Wesen nach absolut frei, gerade die Anerkennung und Durchführung dieser Freiheit bildet das gesammte Rechtssystem.

Zwang und Gewalt gegen ihn sind also im allgemeinen schon an sich ohne Rücksicht auf seine besondere Gesetzmäßigkeit Unrecht, gegen welches er geschützt werden muß. Nur dann, wenn er in unmittelbaren directen Gegensatz gegen den allgemeinen Willen oder das Recht tritt, erscheint er als besonderer unrechtlicher Wille, gegen den Zwang und Gewalt erlaubt ist. Dies ist aber nur der Fall, wenn er sich dem Vertreter des Rechts, der Staatsgewalt, widersetzt, oder wenn er das Recht in seinem concreten Dasein in andern Personen thätlich angreift. Im erstern Falle darf der Staat seinen Willen mit Zwang durchsetzen, im zweiten hat der Angegriffene das Recht der gewaltsamen Vertheidigung und der Staat das Recht der Bestrafung durch Zwang und Gewalt. Abgesehen von diesen Fällen muß also der Wille ganz allgemein ohne Rücksicht auf seine Rechtmäßigkeit gegen Zwang und Gewalt geschützt werden. Natürlich ist aber eine Gewalt gegen ihn überhaupt nur dann möglich, wenn er wirklich in's äußere Leben getreten, ein äußeres Dasein, in welchem er angegriffen werden kann, in diesem gewonnen hat. Es kann dieses entweder das rechtliche der einzelnen concreten Rechte, der angebornen aber so gut als der erst erworbenen, sein, oder das nur factische des Besitzes. Im erstern Falle fällt der Schutz der allgemeinen Freiheit mit dem besondern Schutze des besondern einzelnen Rechtes zusammen, im letztern tritt er als eigenthümlicher Schutz des Besitzes auf. Der Schutz des Besitzes beruht somit darauf, daß der Wille nicht nur wenn er Recht ist, sondern auch in seinem rein factischen Dasein gegen Zwang und Gewalt geschützt werden muß. *Der Besitz ist also kein Recht, wie Eigenthum, Obligation u. s. w., sondern Factum, allein das Factum des Besitzes wird, weil es factisches Dasein* **des Willens** *ist, des allgemeinen Rechts des*

Willens wegen gegen Gewalt geschützt. Gerade erst im Schutze des Besitzes kommt daher die Persönlichkeit und Freiheit des Menschen zur vollen rechtlichen Anerkennung, indem es erst hier hervortritt, daß die Person schlechthin als solche frei ist, und daher schlechthin, auch ohne besondere Berechtigung, nicht von Andern mit Gewalt behandelt werden darf, sondern nur dem allgemeinen Willen, dem Rechte in der Form des Rechtes, weichen muß.

Wenn man den Grund des Besitzesschutzes in dieser Weise auffaßt, so erklärt sich der eigenthümliche Charakter, den derselbe im Verhältnisse zum Schutze der Rechte hat, von selber. Er ist dem Schutze der Rechte nicht einfach coordinirt, als einzelner Fall desselben, sondern er steht demselben in einem bestimmten Gegensatze gegenüber, und läuft parallel neben demselben her durch das ganze Rechtssystem hindurch. Der Gegensatz zeigt sich aber darin, daß es beim Besitzesschutze nur auf das factische Dasein des Besitzes und seiner Verletzung ankommt, die Frage über das dem Besitze entsprechende Recht dagegen ausgeschlossen ist, die Ansprüche daraus den Parteien aber vorbehalten bleiben. Der provisorische Charakter des Besitzesschutzes, sein Einfluß auf die öffentliche Ordnung, das Bedürfniß der Kürze beim Processe u. s. w. folgen daraus von selbst.

§. 59.

Speciellere Bestimmungen.

Nach dieser allgemeinen Bestimmung des Besitzesschutzes ist jetzt dessen Ausdehnung im einzelnen näher auszuführen, und dabei namentlich das Verhältniß von Detention und Besitz, von Besitz der Sachen und der Rechte, der Begriff der Besitzesverletzung und die Zulassung von Einreden zu bestimmen.

1) Bei der ersten Frage kann, wenn man den Grund des Besitzesschutzes in der obigen Weise faßt, kaum ein Zweifel sein, daß derselbe durchaus auf den eigentlichen Besitz mit Ausschließung der Detention, natürlich sofern nicht dabei etwa der Besitz eines Rechtes stattfindet, zu beschränken sei. Wenn man den Grund des Besitzesschutzes in dem physischen Gewaltverhältnisse findet, so ist es freilich eigentlich eine nothwendige Consequenz, ihn auch bei der bloßen Detention eintreten zu lassen; sobald man dagegen den Grund in der Natur des Willens findet, so versteht es sich von selbst, daß der Schutz nur dann eintreten kann, wenn das physische Gewaltverhältniß als die Realisation, die Verkörperung, das äußere Dasein des Willens angesehen werden muß, also nur wenn der Detentor die Detention für sich selber hat. Denn wenn er nur für einen Andern detinirt, so wird auch durch die Verletzung der Detention nicht sein, sondern nur dessen Wille angegriffen, und folglich muß auch die Klage dann nicht ihm, sondern nur Jenem zustehen. Allerdings kann der Detentor, wenn die Verletzung der Detention mit einer Gewalt gegen seine Person verbunden war, wegen dieser Gewalt klagen, allein dies ist von der Besitzklage ganz getrennt, und daß durch die Verletzung der Person auch für das rein factische Verhältniß der Detention ein Klagerecht entstehe, ist eine unlogische, bereits oben verworfene Behauptung. Bei der Detention ohne alles eigene Interesse, z. B. der des Procurators, Depositars, hat dieses auch wohl gar kein Bedenken, Zweifel entstehen nur bei der Detention aus eigenem Interesse, also bei persönlichen Nutzungs- und Retentionsrechten, namentlich bei Commodat und Miethe. Allein wenn man die juristische Consequenz festhält, so wird man auch in diesen Fällen bei der Ausschließung des Besitzesschutzes bleiben müssen. Commodat und Miethe geben kein

dingliches Recht, somit keine unmittelbare Herrschaft über die Sache, sondern nur das Recht gegen den Commodanten und Vermiether, durch dessen Vermittlung die Sache zu benutzen. Daraus folgt, daß der Miether, wenn er den Umfang seines Rechtes nicht überschreitet, durchaus nicht den Willen hat, die Sache unmittelbar sich unterworfen zu haben, sondern sie an sich nur für den Vermiether detiniren, und nur durch dessen Willen vermittelt benutzen will. Ist aber dies, so ist eine unabweisbare Consequenz, daß eine Entziehung der Detention, abgesehen natürlich auch hier von persönlichen Verletzungen und Beleidigungen, unmittelbar nur den Besitzeswillen des Vermiethers trifft, daher auch nur von diesem klageweise geltend gemacht werden kann, und daß der Miether kein anderes Recht hat, als sich an den Vermiether zu halten, um durch dessen Vermittlung die fernere Benutzung zu erlangen. Allerdings kann dabei der Miether, wenn der Vermiether seiner Pflicht nicht gehörig nachkommt, wenn auch nicht eigentlichen Schaden, denn dafür haftet ihm der Vermiether, aber doch manche Unannehmlichkeiten haben, und insofern scheint eine gewisse Billigkeit und praktische Zweckmäßigkeit für die Zulassung der Besitzklage beim Miether zu sprechen. Allein wenn man darauf Rücksicht nehmen will, so soll man eben das Princip ändern, und dem Miether, wie im Preuß. L.R., ein dingliches Recht geben. Dann macht's sich von selbst. So lange man ihm aber nur ein rein persönliches Recht giebt, hat er eben auch nur ein beschränktes Recht, und hängt nothwendig mannichfach von seinem Vermiether ab, und so lange ist die Ertheilung einer selbstständigen Besitzklage eine Anomalie, die in manchen Beziehungen, z. B. wenn der Vermiether gleichfalls klagen will, wenn der Nachfolger des Vermiethers die Entziehung vornahm, und sonst nothwendig zu Widersprüchen und Inconvenienzen

führen muß. So wenig wie bei der Miethe und ähnlichen Nutzungsrechten kann aber auch bei bloßen Detentionsrechten eine Besitzklage stattfinden. Denn sind diese nicht dinglich, in welchem Falle ein Besitz des Rechtes stattfindet, so sind sie gar keine selbstständigen Rechte, sondern eigentlich bloße Unbilligkeitseinreden, und können daher keinen besondern Rechtsschutz in Anspruch nehmen.

2) Die Frage, ob bei jedem Besitze, auch bei jedem Besitze von Rechten, der Besitzesschutz eintreten müsse, kann natürlich vom Standpunkte der einfachen juristischen Consequenz aus nur bejahend beantwortet werden. Bedenken können indessen hier entstehen bei den s. g. jura discontinua non apparentia im Sinne des Französischen Rechts, und bei den Personenrechten, namentlich den Familienrechten.

Bei den ersteren kann nämlich die Schwierigkeit des Beweises des Daseins oder Nichtdaseins des Besitzes, die Leichtigkeit der Usurpation einzelner Besitzhandlungen und die dadurch gegebene Veranlassung zu chicanösen Processen allerdings die Zweckmäßigkeit der Zulassung der Klage zweifelhaft machen. Indessen wird dadurch doch wohl weniger die vollständige Ausschließung, als nur eine gewisse Beschränkung und Sicherstellung der pflichtigen Partei gerechtfertigt. Auf welche Weise diese geschehen solle, ist nun freilich wieder zweifelhaft; doch möchte die Aufstellung des Erfordernisses eines Besitztitels, wie in der Bad. Proc.O., der darin liegenden Vermischung mit dem Petitorium wegen, weniger zweckmäßig sein, als der Standpunkt des Römischen Rechts, gewisse Zeiten der Ausübung zu verlangen.

Bei den Personen- namentlich den Familienrechten versteht sich das zunächst von selbst, daß bei denjenigen Rechten, wo nicht einmal das Recht einen directen Schutz hat, wie z. B. bei

der Ehe im Römischen nicht aber im Canonischen Rechte, um so weniger von einem Schutze des Besitzes die Rede sein kann. Außerdem aber kann die Frage entstehen, ob nicht wegen der Unersetzlichkeit des Verlustes, der hier bei der sittlichen Seite dieser Verhältnisse durch den Besitzesschutz eines an sich nicht rechtmäßigen Verhältnisses, z. B. eines Ehe- oder Aelternverhältnisses, leicht für die Betheiligten entstehen kann, die völlige Ausschließung des Besitzesschutzes zweckmäßiger sei. Außer Zweifel ist wohl, daß das formelle Recht des Besitzes hier der materiellen Rücksicht auf das sittliche Wohl des Betheiligten nachstehen muß, und daß der Besitzesschutz daher jedenfalls wie auch im Canonischen Rechte geschehen ist, durch jene Rücksicht modificirt werden muß. Ob aber deshalb das Princip des Besitzes ganz ausgeschlossen werden soll, möchte doch sehr zu bezweifeln sein. Denn provisorische Maaßregeln sind auch hier, wie allgemein anerkannt wird, nicht zu entbehren. Die Rücksicht auf das sittliche Wohl des Betheiligten ist dabei natürlich das hauptsächlichste Entscheidungsprincip. Da dieses indessen durch Gleichheit der Verhältnisse leicht zweifelhaft sein kann, so scheint es doch fast das Natürlichste, um den Richter nicht ohne allen Anhaltspunkt zu lassen, das Recht des Besitzes als Grundlage auch hier anzuerkennen, dem Richter aber das Recht zu geben, es der obigen Rücksicht nach so viel als nöthig zu modificiren.

3) Bei der Bestimmung des Rechtsgrundes der Besitzklagen ist oben nur erst von Gewalt als der äußersten und schlimmsten Art des Unrechts gegen den Besitz gesprochen. Das dabei zu Grunde liegende Princip ist jetzt genauer und vollständiger zu bestimmen. Dabei ist nun zuvörderst die Idee vollständig zu verwerfen, als ob zur Begründung einer Besitzklage eine eigentliche körperliche Gewalt gegen die Person des

Besitzers erforderlich wäre. Die volksthümliche Ausbildung eines Besitzesschutzes kann zwar von diesem äußersten Falle der Besitzesverletzung ausgehen, allein vom Standpunkte der Rechtsphilosophie aus kann man dieses Erforderniß sicherlich nur dann aufstellen, wenn man die Ansicht hat, daß die Verletzung des Besitzes „an sich keine Rechtsverletzung ist, und es nur dadurch werden kann, daß sie ein anderes Recht zugleich mit verletzt." Sieht man dagegen den Rechtsgrund des Besitzesschutzes darin, daß der im Besitze realisirte Wille der Person verletzt ist, so muß man an die Stelle des Begriffes der Gewalt gegen die Person des Besitzers nothwendig den weitergehenden der Eigenmacht gegen den Besitz selbst setzen. Jede eigenmächtige Behandlung des Besitzes, d. h. jede Einwirkung auf den Besitz, die gegen den Willen des Besitzers und doch ohne die Form des Rechts, d. h. nicht durch Vermittlung des Gerichtes, geschieht, ist ein Unrecht, eine Gewalt gegen den im Besitze realisirten Willen, welches den Anspruch auf Schutz des Besitzes begründet. Ob eine Gewalt gegen die Person des Besitzers dabei stattfindet oder nicht, ist vollständig gleichgültig. Deshalb sind die verschiedenen Arten von Störung des Besitzes, die bereits das Römische Recht anerkennt, und die verschiedenen Arten von gewaltloser Entziehung des Besitzes, die das Canonische Recht namentlich beim Besitze der Rechte aufstellt, durchaus gleichmäßig als Verletzungen des Besitzes, die die Schutzklagen begründen, aufzufassen. Dagegen muß man aber das Erforderniß zunächst durchaus festhalten, daß die Verletzung gegen den Willen des Besitzers geschehen sein muß. Wenn man den Besitzer zum Aufgeben seines Besitzes durch seinen eigenen Willen veranlaßt, so ist dieses, wenn man diesen Willen auch widerrechtlich durch Zwang oder Betrug hervorruft, doch keine Verletzung des Besitzes an sich, da man

im Gegentheil dabei eigentlich thatsächlich anerkennt, daß man den Besitz **nicht** eigenmächtig nehmen, sondern nur durch den Willen des Besitzers selbst bekommen könne. Natürlich versteht sich, daß das Unrecht des Zwanges und Betruges darum nicht ungesühnt bleiben darf, sondern unter die allgemeinen Bestimmungen darüber fällt, wovon unten Näheres.

Der allgemeine Begriff der eigenmächtigen Behandlung oder der Verletzung des Besitzes theilt sich nun übrigens in den der Störung und der Entziehung des Besitzes. Beide Fälle haben zwar den Begriff der Eigenmacht gegen den Besitz zum eigentlichen Principe, und sind daher nicht weiter unterschieden, als es aus der factischen Verschiedenheit von Stören und Entziehen von selbst folgt; allein eben diese factische Verschiedenheit fordert nothwendig die Aufstellung des Unterschiedes. Die Ansicht, daß jede Entziehung eigentlich nur eine Störung sei, weil der Besitz fortdauere, sobald der Besitzer den Willen zu besitzen fortbehalte, widerspricht der Natur des Besitzes. Denn wenn man auch beim Besitze das Hauptgewicht nicht auf das physische Verhältniß sondern auf den Willen legt, so bildet doch jedenfalls der Wille nicht an sich, sondern nur als realisirter, verkörperter, den Begriff des Besitzes, und somit widerspricht es, wenn diese Realisation oder Verkörperung durch völlige Aufhebung des Gewaltverhältnisses vollständig aufgehört hat, dem Begriffe selbst, den bloßen Willen noch fortwährend als Besitz aufzufassen. Im einzelnen ist über beide Fälle noch Folgendes zu sagen.

Die **Entziehung** kann auf sehr verschiedene Art geschehen: bei Sachen durch offene Vertreibung und Wegnahme (vi), heimliche Occupation und Diebstahl (clam), Vorenthaltung von detinirten Sachen (precario); bei Rechten durch jede Unmöglichmachung der fernern beliebigen Ausübung, also bei

Obligationen namentlich durch Verweigerung der Leistung (vgl. ob. S. 213). Die Ansicht, daß bei Rechten eine Entziehung nicht möglich sei, oder sich wenigstens von der Störung nicht unterscheiden lasse, entbehrt allen Grundes. Der Restitutionsanspruch muß übrigens, da er nicht auf einem Rechte an der Sache sondern auf der Aufhebung eines Unrechts beruht, in Betreff des Beklagten nicht nach den Grundsätzen der dinglichen sondern der Delictsklagen behandelt werden, folglich wie im Römischen Rechte auf den Thäter und den, für den er gehandelt hat, beschränkt werden. Nur die Bestimmung des Canonischen Rechts läßt sich noch daneben insofern rechtfertigen, als der, welcher die Sache vom Thäter wissentlich erwirbt, sich dadurch von selbst noch nachträglich als Hehler oder Begünstiger zum Theilnehmer an dem Unrechte macht.

In Betreff des Begriffes der Besitzes**störung** und des Verhältnisses der Störungsklage zur Eigenthumsklage kann hier ganz auf die oben §. 6 gegebene Ausführung über das interd. U. P. verwiesen werden. Nur in Betreff des Summariissimum mag noch bemerkt werden, daß dieses Institut, wenn man es seiner ursprünglichen Idee gemäß als eine bloße incidente interimistische Besitzeszuweisung beim Besitzprocesse für dessen Dauer auffaßt, den Tadel, den es in neuerer Zeit so reichlich genossen hat, wohl nicht verdient. Denn das Bedürfniß solcher interimistischer Verfügungen ist bei unsern entwickelten Verhältnissen wohl durch keine Beschleunigung des Proceßganges mehr zu beseitigen, und findet im Summar., wenn sein Princip gehörig festgehalten wird, gewiß eine ganz entsprechende Abhülfe.

4) Bei den Einreden ist die Ausschließung der s. g. petitorischen Einreden außer Zweifel. Die Zweckmäßigkeit einer kurzen Verjährung wird gleichfalls Niemand in Abrede ziehen wollen. Zweifelhafter ist die Einrede der Besitzfehler. Die einfache

Rechtsconsequenz muß sie offenbar verwerfen; denn diese verlangt, daß der Besitz schlechthin als solcher, als realisirter Wille einer Person, nicht eigenmächtig behandelt werde ohne alle Rücksicht auf seine Rechtmäßigkeit; auch kann sie den Grundsatz nicht anerkennen, daß man abgesehen von Nothwehr durch das Unrecht Anderer auch seinerseits zum Unrechte gegen sie berechtigt wird. Eine solche Ermächtigung liegt aber geradezu in der Zulassung der Einrede. Freilich scheint es das Princip des formellen Rechtes etwas auf die Spitze getrieben zu sein, wenn man, namentlich bei einem zweifelhaften Besitzstande, dem, welcher sich zwar als Besitzer herausstellt aber seinen Besitz nur durch Dejection des Gegners hat, den Besitz und seinen Schutz gegen den Andern zuerkennen soll. Allein dabei muß man nur bedenken, daß ja der Vertriebene stets Klage auf Wiedererlangung seines Besitzes anstellen, und namentlich wenn er verklagt wird durch Widerklage die Rückgabe eben so gut wie durch die Einrede erwirken kann. Somit scheint die Einrede doch auch durch das praktische Bedürfniß nicht gefordert, und die Einhaltung der Rechtsconsequenz, wie sie im Oesterr. Gesetzb. angenommen ist, auch die Zweckmäßigkeit für sich zu haben. Ganz principlos ist übrigens der Standpunkt des neuern Römischen Rechts und des Hessischen Entwurfes, die die Einrede bei Entziehung verwerfen bei Störung zulassen, also Vertreibung des fehlerhaften Besitzers verbieten Störung erlauben. Denn da im Leben Vertreibung und Störung sich meistens nicht so scharf scheiden, eine mißlungene Vertreibung eine Störung ist und eine Störung stets in eine Vertreibung übergehen kann, so wird durch diese Bestimmung die Rechtmäßigkeit einer Handlung vielfach lediglich vom zufälligen Erfolge abhängig gemacht. Wenn man übrigens die Einrede zulassen will, so wird man sie jedenfalls wie im

Römischen Rechte rein persönlich fassen müssen, und der Einwendung derselben aus der Person Dritter höchstens nur vom polizeilichen Standpunkte aus eine Folge geben dürfen.

§. 60.

Die allgemeinen Klagen beim Besitze.

Wenn man den Schutz des Besitzes auf die Weise bestimmt, wie es hier geschehen ist, so ist jeder Verlust des Besitzes durch eigenes Aufgeben oder durch reinen Zufall zunächst vollständig vom Besitzesschutze ausgeschlossen. Es ist nun aber zum Schlusse noch zu untersuchen, ob nicht von einem andern Gesichtspunkte aus doch auch in diesen Fällen ein gewisser Schutz eintreten könne.

Für den ersten Fall, den Verlust durch eigenes Aufgeben, ist diese Frage wohl unbedingt in so weit zu bejahen, daß in allen Fällen, wo gegen die eigene Veräußerung von Rechten allgemein ein gesetzlicher Schutz gegeben ist, dieser auch bei der Veräußerung des Besitzrechtes eintreten muß. Allerdings unterscheidet sich das Besitzrecht wesentlich von den übrigen Rechten, allein der Besitz ist doch jedenfalls ein vortheilhaftes Verhältniß der Person, welches von rechtlichem Werthe und Interesse ist, und als solches vom Gesetze rechtlich anerkannt und geschützt wird. Das Aufgeben, die Veräußerung eines solchen Vortheils kann nun aber in Betreff der Gültigkeit der Veräußerung offenbar nicht nachtheiliger behandelt werden, als die Veräußerung eines eigentlich rechtlichen Vortheils, eines eigentlichen Rechtes. Wenn daher die Veräußerung eines Rechtes, die durch Zwang, Betrug, Irrthum bewirkt ist, oder sonst eine rechtliche Unbilligkeit enthält, angefochten und zurückgenommen werden kann, so muß man nothwendig auch einen Besitz, den man auf eine

solche unrechtliche oder unbillige Weise verloren hat, wieder zurückfordern können. Denn auch hier verliert man einen rechtlich anerkannten und geschützten Vortheil zwar auf formell gültige, aber doch vom Gesetze nicht gebilligte, unbillige Weise, und lediglich darin liegt ja der Grund zu jenen Rückforderungsrechten. Am schlagendsten tritt diese Nothwendigkeit beim Zwange hervor. Zwang und unmittelbare Gewalt stehen trotz ihrer juristischen Verschiedenheit im praktischen Leben einander so nahe, daß es wirklich sinnlos wäre, den Besitzer bei der letztern zu schützen, bei der erstern nicht. Es hängt oft nur vom Zufall, von der Widerstandskraft des Angegriffenen ab, ob er durch unmittelbare Gewalt vertrieben oder beraubt wird, oder ob er zur eigenen Veräußerung gezwungen wird. Wie daher Raub und Erpressung strafrechtlich in der Regel ganz gleich behandelt werden, so muß auch privatrechtlich dem Besitzer in beiden Fällen geholfen werden. Nur versteht sich natürlich das von selbst, daß, da das Unrecht in beiden Fällen der Form nach ein verschiedenes ist, auch die formelle Behandlung in beiden Fällen eine verschiedene sein muß, im einen Falle die eigenthümlichen Besitzklagen eintreten, im andern die allgemeine Klage wegen Zwanges. Demnach ist das Princip des Römischen Rechts, die actio metus, die condictiones sine causa und andere ähnliche Klagen auch auf den Besitz anzuwenden, in der Natur der Sache durchaus begründet, und es kann denn auch eben deshalb wohl hier in Betreff der weitern Ausführung im allgemeinen auf die oben §. 5 gegebene Ausführung verwiesen werden.

Anders ist es bei dem Verluste des Besitzes durch äußern Zufall, der aber natürlich überhaupt nur bei beweglichen Sachen durch Verlieren, Weglaufen von Thieren u. dgl. möglich ist. Den Menschen gegen den nachtheiligen Einfluß des Zufalls

sicher zu stellen, ist die Aufgabe des Rechtes nicht. Es hat nur Unrecht und Unbilligkeit abzuwehren. Daher muß beim Zufall ein bedeutender Unterschied zwischen Recht und Besitz hervortreten. Rechte können in der Regel als solche durch Zufall nicht zu Grunde gehen. Verliert der Eigenthümer den Besitz durch Zufall, so behält er sein Recht, und kann sich dadurch die Sache stets wieder verschaffen. Verliert dagegen der Besitzer den Besitz durch Zufall, so hat er nichts mehr. Denn das Recht des Besitzes geht immer nur dahin, daß Niemand den Besitz, so lange er dauert, störe oder entziehe. Geht der Besitz ohne fremdes Unrecht durch eigene Schuld oder reinen Zufall verloren, so liegt in der bloßen Thatsache, daß man früher einmal besaß, nicht der geringste Grund, daß man wieder von Neuem besitze, der neue Occupant der Sache verletzt daher das Recht des frühern in keiner Weise, und kann diesem daher auch nicht anders zur Rückgabe verpflichtet sein, als wenn dieser petitorisch ein wirkliches Recht an der Sache nachweist. Nur wenn man den Besitz für ein relatives Recht an der Sache erklärt, oder annimmt, daß der Verlust der Detention den Besitz nicht aufhebe, sobald nur der Wille fortdaure, kann man dem Besitzer bei zufälligem Verluste der Sache eine Klage auf Wiedererlangung zusprechen. Eine andere Frage ist es indessen, ob es nicht auch bei dem obigen Standpunkte doch aus Zweckmäßigkeitsrücksichten rathsamer sei, dem Besitzer auch bei zufälligem Verluste eine Klage zu geben. Bei der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises möchte dieses wenigstens mit der Beschränkung, wie es im Preuß. L.R. angenommen ist (ob. S. 442), gewiß zu billigen sein.

Endlich mag auch noch die Frage erwähnt werden, ob der Besitzer bei einer Beschädigung oder Zerstörung der Sache, die nicht unter die Kategorie einer Besitzesstörung fällt, nicht auch

eine Schadensersatzklage habe, und ob ihm nicht etwa auch weiter noch die Klagen, die zum Schutze der Benutzung des Eigenthums dienen, wie z. B. im Römischen Rechte die act. aqu. pluv. arc., das interd. de arbor. caed. u. a. zugestanden werden müssen. Die erste Frage wird man unbedingt bejahen müssen, nur natürlich lediglich in so weit, als der Besitzer rein aus seinem Besitze im Gegensatze zu dem Rechte an der Sache ein Interesse der Verletzung nachzuweisen vermag. Die zweite Frage dagegen kann man nur dann bejahen, wenn man wie das Preuß. und Bad. Recht den Satz aufstellt, daß der Besitzer überhaupt so lange als sein Besitz dauert wie der Eigenthümer der Sache behandelt werden soll. Dieser an sich bedenkliche Satz läßt sich jedoch höchstens durch Zweckmäßigkeitsgründe rechtfertigen, die juristische Natur des Besitzes bringt ihn nicht mit sich.

§. 61.

Schluß.

Zum Schlusse des Ganzen mag hier noch ein Versuch Platz finden, die Hauptresultate der bisherigen Ausführung in kurzen Sätzen, und in einer Sprache, wie sie etwa für ein Gesetzbuch passen möchte, zusammenzustellen.

Art. 1.

Neben dem Rechte soll auch der Besitz den Schutz der Gesetze genießen.

Art. 2.

Besitz ist jede einem Rechte entsprechende thatsächliche Herrschaft. Er scheidet sich in den Besitz der Sachen und der Rechte.

Art. 3.

Der Besitz der Sachen ist die dem Rechte des Eigenthums entsprechende thatsächliche Herrschaft über Sachen. Er findet statt, wenn Jemand eine Sache thatsächlich in seiner vollen Gewalt hat mit dem Willen, wie ein Eigenthümer darüber zu verfügen.

Art. 4.

Wer eine Sache thatsächlich in seiner Gewalt hat, aber einen Andern als Eigenthümer derselben anerkennt, ist nur Inhaber der Sache und Stellvertreter des Besitzes dieses Andern, wenn er auch ein Recht zur Inhabung der Sache hat.

Art. 5.

Bei Rechten ist ein Besitz stets, aber auch nur dann, möglich, wenn sie eine fortdauernde oder sich wiederholende Ausübung zulassen. Er findet statt, wenn man die thatsächliche Möglichkeit hat, das Recht nach Belieben auszuüben, und dasselbe wirklich für sich in Anspruch nimmt.

Art. 6.

Jeder Besitz wird gegen jede Eigenmacht ohne Rücksicht auf das Recht geschützt.

Art. 7.

Nur bei Personenrechten findet dann, wenn das Gesetz für das Recht selbst keinen unmittelbaren Zwang zuläßt, auch kein Schutz des Besitzes statt; und außerdem wird derselbe hier auch dann versagt, wenn dadurch den Betheiligten ein in Gelde nicht zu ersetzender Nachtheil erwachsen könnte.

Art. 8.

Eigenmacht gegen den Besitz ist jede nicht besonders durch das Gesetz erlaubte Handlung, wodurch der Besitz dem Besitzer wider seinen Willen entzogen oder gestört wird.

Art. 9.

Jeder, dem ein Besitz durch fremde Eigenmacht entzogen ist, kann binnen Jahresfrist gegen den Thäter oder seine Erben auf Wiederherstellung des Besitzes und Schadensersatz klagen. Hat der Thäter den Besitz nicht mehr, so muß er den Werth des Besitzesverlustes ersetzen.

Art. 10.

Wenn der Thäter als Stellvertreter eines Andern gehandelt und dieser den Besitz durch ihn bekommen hat, so haftet auch dieser nach den allgemeinen Grundsätzen entweder auf das Ganze oder auf seine Bereicherung. Wer den Besitz von einer der bisher genannten Personen unter Kenntniß des begangenen Unrechts erwirbt, haftet dem Thäter gleich.

Art. 11.

Jeder, der in seinem Besitze durch fremde Eigenmacht thätlich gestört ist, kann binnen Jahresfrist gegen den Thäter oder seine Erben, so wie seine Anstifter, auf Verbot fernerer Störung und Schadensersatz klagen.

Art. 12.

Auf den Grund der Störung, ob der Störer selbst Besitzer zu sein behauptet, oder den Besitz dem Besitzer entziehen oder beeinträchtigen oder nur beunruhigen will, kommt nichts an. Einfaches Unrecht gegen die Person des Besitzers oder den

Gegenstand des Besitzes ohne Beziehung auf das Besitzverhältniß selbst ist aber nicht als Besitzstörung zu behandeln.

Art. 13.

Gegen jede Klage aus dem Besitze kann der Beklagte Widerklage aus eigenem Besitze erheben. Wenn dabei im Falle einer gegenseitigen Besitzstörungsklage beide Parteien gleichmäßig Besitzer zu sein behaupten, so kann die Partei, die ohne Verzögerung des Processes die letzte Besitzeshandlung für sich bescheinigen kann, provisorische Zuweisung des Besitzes für die Dauer des Processes verlangen.

Art. 14.

Außer dem Schutze gegen Eigenmacht genießt der Besitz auch noch insofern einen rechtlichen Schutz, daß

1) die allgemeinen Grundsätze über die Wiederaufhebung und den Widerruf geschehener Veräußerungen, so wie über den Ersatz zugefügten Schadens, und die daraus entspringenden Klagerechte auch beim Besitze anwendbar sind.
2) daß bei zufälligem Verluste des Besitzes beweglicher Sachen der Besitzer schon aus seinem Besitze die Rückgabe von jedem neuen Besitzer verlangen kann, außer wenn dieser ein Recht an der Sache nachweist, oder polizeiliche Gründe die gerichtliche Beschlagnahme und Verwahrung der Sache rechtfertigen.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitize

Digitized by Google

Digitized by Google